



Universidad  
Carlos III de Madrid  
[www.uc3m.es](http://www.uc3m.es)

**Suerte, igualdad y Derecho Penal.  
Discusiones desde los derechos humanos.**

**Paul Lee Ruffner**

**Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos  
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas  
Universidad Carlos III de Madrid**

**Directora: Prof. Dra. Silvina Ribotta.**

**Mayo 2013**

## Índice

<u>Introducción</u> .....	2
<u>Capítulo 1:</u> La suerte y la igualdad. Análisis de las principales opiniones filosóficas.	
1.1: ¿Qué es la suerte moral? .....	9
1.2: ¿Cómo se relacionan suerte moral e igualdad? .....	22
1.3: Conclusión .....	25
<u>Capítulo 2:</u> La suerte moral en el Derecho Penal.	
2.1: El consecuencialismo versus el racionalismo. El debate filosófico. ....	30
2.2: ¿El delito en grado de tentativa es igual al delito consumado?. El debate.....	43
2.3: Una Conclusión Desalentadora.....	57
<u>Capítulo 3:</u> La suerte constitutiva en el Derecho Penal: el caso estadounidense.	
3.1: ¿Qué es la suerte constitutiva y cómo funciona? .....	62
3.2: La suerte situada.....	64
3.3: La suerte constitutiva, la <i>raza</i> y la clase social.....	71
3.3.1: La suerte constitutiva y la cuarta enmienda constitucional. ....	73
3.3.2: La suerte constitutiva y la tutela judicial efectiva.....	78
3.3.3: La suerte constitutiva en la selección de los jurados. ....	83
3.3.4: La suerte constitutiva y la pena de muerte. ....	88
3.3.5: La suerte constitutiva y la guerra contra las drogas. ....	93
3.4: Conclusión. ....	96
<u>Capítulo 4:</u> ¿Cómo podríamos abordar las consecuencias de la suerte?	
4.1: Cambios necesarios para crear una sociedad verdaderamente igualitaria. ....	103
4.2: La suerte moral y el Derecho Penal.....	109
4.3: Reflexiones sobre la suerte y el Derecho Penal norteamericano.....	115
4.4: A modo de conclusión: la aleatoriedad como respuesta a la falta de seguridad jurídica.....	124
<u>Conclusiones Generales</u> .....	129
<u>Bibliografía general</u> .....	138
<u>Jurisprudencia</u> .....	143

## **Introducción.**

Sin lugar a dudas, cualquiera de nosotros ha, en algún momento, experimentado una sensación de impotencia con respecto a un acontecimiento importante de la vida. Demasiados padres en países del llamado tercer mundo, o quizás incluso algunos padres en los países *desarrollados* han sufrido la muerte de sus hijos por resultado de no vivir lo suficientemente cerca como para poder llegar a tiempo a un hospital que proporcionase los tratamientos necesarios. En muchos países, una mujer recibe menos dinero que su colega masculino aunque ejerce el mismo oficio o profesión, simplemente por el hecho de haber nacido como mujer en vez de varón. Por ello, el objeto de estudio de esta investigación es el punto en el cual el control individual se ve superado por los acontecimientos, el momento cuando entra la suerte en la vida individual, cuando el impacto de lo que escapa del control de las personas afecta a todas sus posibilidades, independientemente de la intención, de la voluntad y de las acciones de los mismos.

Sin embargo, el acto de leer el párrafo anterior puede provocar en el lector cierta sensación de perplejidad. ¿Por qué es importante la suerte si nos afecta a todos, presumiblemente de igual manera? La razón principal (pero no la única) por la cual un estudio detallado de la suerte tiene importancia es precisamente porque no produce efectos ni iguales ni siquiera aproximadamente equiparables en todos los casos. Si tomamos algunas definiciones filosóficas propuestas por algunos autores, como Bernard Williams o Thomas Nagel, un factor importante es la falta de control individual en los daños provocados por acontecimientos no controlables y las implicaciones futuras morales y sociales de tales daños<sup>1</sup>.

Después de considerar este argumento, no se puede negar que la suerte tenga efectos importantes en los derechos humanos de las personas afectadas. Como un posible ejemplo de tales efectos, la razón por la cual el hambre es un problema de mayor gravedad en algunas partes del mundo que en otras debido a la mala distribución de la riqueza mundial que queda fuera del control de un gran porcentaje de los pobres del planeta simplemente por el hecho de vivir en

---

<sup>1</sup> Para ver una descripción más detallada del término, véase NAGEL, T., *Mortal Questions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979, pp. 449-457 y WILLIAMS, B., *Moral luck: philosophical papers, 1973-1980*, Cambridge, Inglaterra, Cambridge University Press, 1981.

zonas marginadas en términos de la distribución de recursos económicos o alimenticios<sup>2</sup>. De acuerdo a una teoría que analizaré más adelante en esta investigación, quizás la etnia, el sexo o la clase social de un imputado en un procedimiento penal pueda tener efectos en el tiempo efectivo que pasa en prisión una vez condenado, o quizás incluso tenga efectos en la declaración de la culpa versus la inocencia<sup>3</sup>. Por ello, precisamente, los efectos de la suerte en la justicia penal, y más específicamente en relación al acto delictivo en sí, serán el objeto principal de mi investigación.

Una lectura breve de casi cualquier gran filósofo del mundo occidental de los últimos 3 siglos le mostrará al lector interesado, si es que todavía no tiene una idea básica, que en la sociedad moderna occidental el control y la responsabilidad individuales tienen una importancia difícil de sobreestimar. Quizás Kant sería el filósofo más ejemplar de esta tradición. Sin embargo, el análisis detallado y la crítica de las ideas kantianas tal y como el mismo filósofo los ha presentado no es el propósito de esta investigación, debido a que el sistema de Derecho Penal ha sido elaborado (algunos dirían perfeccionado) de tantas maneras desde los tiempos kantianos, que la historia de los propios cambios podría ser el objeto de otra investigación mucho más larga que la que propongo hacer. Sin embargo, sí intentaré criticar el mal uso de varias ideas basadas originalmente en obras kantianas en lo que a sus consecuencias en el ámbito penal se refieren. En primer lugar, intentaré demostrar que el control sobre los efectos de nuestras acciones es casi imposible de verificar, razón por la cual el Derecho Penal moderno, basado como es en tales ideas que priman la importancia del control individual, habrá de sufrir algunos cambios bastante drásticos para que se pueda tomar en cuenta la verdadera falta de control que ejercemos en relación a los efectos de nuestras acciones delictivas.

Por ello, el objetivo será abordado en varios pasos. En primer lugar, habrá que definir algunos conceptos básicos en relación a qué tipos de suerte serán estudiadas, a través de un análisis de las obras relevantes publicadas por filósofos como Williams, Nagel y Dworkin, entre otros. Específicamente, en el Capítulo 1 me detendré en explicar el concepto de suerte y de

---

<sup>2</sup> RIBOTTA, S., *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, 1ª ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, especialmente la parte introductoria de la obra.

<sup>3</sup> KADISH, S., “Forward: The Criminal Law and the Luck of the Draw”, en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1994, vol. 84, no. 4, pp. 679-97.

suerte moral y los distintos tipos, clasificaciones y formas de conceptualizarla. Posteriormente, relacionaré la suerte con la igualdad, especialmente con la igualdad dworkiniana, y las vinculaciones que se pueden estudiar de estos conceptos, ambos polémicos.

Luego, en el Capítulo 2, realizaré un análisis de los efectos de la suerte en el acto delictivo y en el Derecho Penal en general. Si el lector no entiende lo que pudiera significar la suerte en el acto delictivo, proporcionaré un ejemplo: quizás A intenta matar a B con rifle desde una distancia de 600 metros. El disparo está perfectamente apuntado, y no hay ninguna posibilidad física de que la víctima evite el disparo mortal. Sin embargo, supongamos que un viento fuerte desplaza la bala y en vez de golpearle a la víctima en el corazón, le golpea en el brazo izquierdo provocándole solamente una leve herida. Si el asesino frustrado hubiera tenido éxito habría tenido la suerte de matar a su víctima, y si hubiera tenido también la suerte (o la mala suerte) de ser detenido, podría ser imputado de asesinato. Pero, si el resultado no fuera la muerte de su víctima, en muchas jurisdicciones del mundo esta persona sería imputada de asesinato en grado de tentativa. Sin embargo, si hubiera intentado proporcionar solamente una leve herida a su víctima pero hubiera tenido la suerte (o la mala suerte) de haberla matado, en realidad, en muchos sitios (sin tomar sus intenciones en cuenta) sería culpado y condenado de asesinato. Así, el debate al respecto de cómo hay que castigar los crímenes fracasados, o los delitos en grado de tentativa será el próximo paso de este trabajo, donde haré también una mención muy breve de la obra del distinguido criminólogo Paul Robinson, una obra incómoda para todas las posiciones filosóficas respecto a la suerte en el acto delictivo.

En el Capítulo 3, intentaré aplicar y apoyar las implicaciones prácticas de los argumentos propuestos en los primeros dos capítulos de la investigación a través de un análisis de la suerte en el Derecho Penal de los Estados Unidos de América. Específicamente, abordaré una categoría de suerte llamada la *suerte constitutiva*, en la que son relevantes los atributos de los individuos adquiridos al nacer o inmediatamente después. Específicamente, analizaré la importancia de dos factores vinculados directamente a la suerte constitutiva, la *raza* (aclararé por qué uso este concepto posteriormente, para referirme solamente a la realidad de Estados Unidos de América) y la clase socioeconómica de las personas acusadas de delitos en EEUU, en la medida en que esos factores influyen en el ingreso de los acusados al sistema penal. Abordaré cinco aspectos en concreto, la Cuarta Enmienda de la Constitución Nacional de EEUU, el derecho a la tutela

judicial efectiva, la selección de los jurados, la pena de muerte, y la llamada “guerra contra las drogas”, para intentar demostrar que la *raza* y la clase han sido empleadas de manera abiertamente discriminatoria en contra de las personas con descendencias étnicas que no sean la mayoritaria, y personas con bajos recursos económicos. Todo ello en nombre del disfrute de unos derechos constitucionales sumamente amplios por parte de las mayorías étnicas y las clases económicas aventajadas.

En el Capítulo 4, intentaré de manera innovadora, proponer cambios que creo necesarios en los abordajes y análisis que desde la filosofía política, la filosofía del Derecho y el Derecho Penal en particular, se realizan sobre la suerte y sus consecuencias en las vidas de las personas y su impacto directo en la configuración de la justicia-injusticia. Más específicamente todavía, plantearé varias reformas en el Derecho Penal estadounidense para que ese ordenamiento jurídico pueda de verdad alcanzar una igualdad y una legitimidad democrática de las cuales nunca ha dispuesto a través de la mitigación de los efectos de la suerte constitutiva en los miembros más desfavorecidos de la sociedad.

Perfectamente se podría pensar que la mejor manera de analizar los efectos de la suerte en el mundo sería a través de un detallado análisis estadístico. Personalmente, rechazo tal enfoque por varios motivos. En primer lugar, no pretendo analizar todas las maneras en las cuales la suerte pudiera afectar el sistema penal, porque francamente no creo que tal proyecto sea posible de ejecutar de manera práctica y resulta sesgado. Ya que, aunque citaré algunos estudios estadísticos al respecto en este trabajo, aún los estudios más ambiciosos de esta índole tienen a lo sumo un centenar de sujetos en vez de los 7 mil millones que componen la población mundial. A la vez, la suerte, casi por la propia definición del término, resulta muy difícil de medir de manera cuantitativa. Es más, en la literatura académica que trata de la suerte, no he encontrado ninguna obra científica que intente medir los efectos de la suerte que no fuera realizada en un laboratorio con experimentos, con lo que aunque tienen un valor esencial en relación a la necesidad de comprobar la existencia de la suerte como fenómeno no ilusorio, carecen de valor a la hora de adecuar la suerte al Derecho Penal<sup>4</sup>. Por todo ello, la metodología que utilizo en la presente investigación partirá de analizar la literatura filosófica, filosófica-política, filosófica-jurídica y de Derecho Penal sobre la suerte, que por cierto resulta ser bastante extensa. El análisis de dicha

---

<sup>4</sup> WENNER, D., *The Illusion of Conscious Will*, MITT Press, Cambridge, Massachusetts, 2002.

literatura lo realizo desde un punto de vista crítico y no empírico, con la esperanza de proporcionar nuevas ideas para otros filósofos para el diseño de sistemas de Derecho Penal en los cuales la suerte no tenga efectos tan difíciles de medir o se puedan limitar los efectos injustos de la misma.

Es esencial hacer una breve aclaración en cuanto a la terminología que utilizo para describir las dos principales visiones filosóficas relacionadas a la suerte moral y a su importancia. Como cualquier aclaración de esta índole, hago uso de generalizaciones amplias y no del todo deseables según mi criterio personal, pero cualquier escrúpulo que pueda tener al respecto se encuentra vencido por la necesidad práctica de hacer una distinción de vital importancia para el lector. Haré uso del término consecuencialista para describir dos corrientes de pensamiento relacionadas. La primera, no reconoce que exista ninguna paradoja respecto a la falta de control asociada con la suerte moral, mientras que otra línea, aunque sí reconoce la paradoja ocasionada por la falta de control individual, no la ve de tal importancia como para cambiar el paradigma moral basado en la responsabilidad del agente moral por las consecuencias de sus acciones bajo el cual estamos acostumbrados a vivir. La corriente racionalista, al contrario, plantea la necesidad de tomar en cuenta solamente las circunstancias controlables por el individuo a la hora de asignar un valor moral a las acciones de éste. Con este contexto, pretendo llevar a cabo la investigación desde un punto de vista racionalista, lo que quiere decir que estoy a favor de la eliminación de los efectos de la suerte en todos los casos posibles. Cuando haya algún efecto de una acción en concreto producido por acontecimientos fuera del control del actor, este efecto (en el mejor de los casos) debería ser remediado, eliminado o no considerado. Frente al racionalismo, el consecuencialismo plantea que el control no importa tanto, entre otras razones porque el control verdadero no existe, razón por la cual las consecuencias de la acción han de ser tomadas en cuenta en vez de la condición del control. Para hacer la aclaración algo más gráfica, mientras el consecuencialista cree que lo verdaderamente importante son las consecuencias de las acciones individuales, el racionalista solamente desea tomar en cuenta lo que queda bajo el control individual a la hora del acto en cuestión.

Cabe acotar, igualmente, que este trabajo de investigación, la tesina, forma parte, al menos ahora en mis planes y en mi proyecto personal como investigador, de una investigación mucho más extensa y profunda sobre los efectos de la suerte en la justicia y en los derechos de

los seres humanos. Por lo tanto, muchos aspectos que serían relevantes tratar en la presente investigación, por motivos de espacio y de tiempo, serán abordados posteriormente cuando desarrolle la tesis doctoral.



## Capítulo 1: La suerte y la igualdad. Análisis de las principales opiniones filosóficas.

El siguiente capítulo tiene dos propósitos relacionados. En primer lugar, pretendo analizar la importancia de la suerte moral como parte de la filosofía política, y en segundo lugar, estudiar la relación entre la suerte según Ronald Dworkin y la construcción de una sociedad igualitaria. Para sacar conclusiones con respecto a la importancia de la suerte moral en la filosofía política, primero habrá que analizar el debate con respecto a la propia existencia de la suerte moral, concepto sobre el cual no hay acuerdo unánime en los círculos filosóficos. Defenderé la existencia de la suerte moral, y analizaré los ensayos *What is Equality* de Dworkin, con un marcado énfasis en el concepto dworkiniano de la suerte. La suerte moral tiene que ver con la importancia de las acciones del agente moral y su control sobre dichas acciones, mientras que el esfuerzo dworkiniano respecto a la suerte tiene que ver con el deseo de establecer una sociedad igualitaria a través de la eliminación de la suerte bruta como factor decisivo en la vida del individuo. Posteriormente, me detendré en si puede existir alguna relación entre la suerte moral y la igualdad dworkiniana, y cómo se puede construir una sociedad más igualitaria tomando en cuenta la suerte moral como factor influyente de su filosofía política. Aunque este capítulo no parezca tener mucho en común con un análisis de la suerte en el Derecho Penal, la relación entre la igualdad y el Derecho Penal también será examinada al final de este capítulo, y se profundizará en capítulos posteriores de esta investigación.

### **1.1: ¿Qué es la suerte moral?**

El primer desafío, entonces, será definir la suerte moral y defender su existencia. La suerte ha sido un objeto de la discusión filosófica en el mundo occidental desde la etapa griega, donde varias circunstancias de la vida cotidiana eran vistas como determinantes en la toma de decisiones de los seres humanos en función de acontecimientos que estaban fuera de su control; también fueron utilizados conceptos bastante parecidos a los conceptos modernos de la agencia moral, el consentimiento, y la responsabilidad individual en el mundo griego<sup>5</sup>. Adam Smith en su *Theory of Moral Sentiments* también apunta a la suerte como factor decisivo en la vida humana,

---

<sup>5</sup> WILLIAMS, B., *Shame and Necessity*, Berkeley, California, University of California Press, 1994, pp. 103-6 y 155.

señalando que aun cuando una persona no intente causar daño, los malos resultados de sus decisiones frecuentemente se vuelven contra ella<sup>6</sup>. En resumen, tanto los griegos como Smith ya habían descubierto una de las paradojas del fenómeno que más tarde tomaría el nombre de la suerte moral, la idea de que las personas son consideradas como culpables de provocar ciertos acontecimientos cuyos efectos están fuera de su control. Aunque ni los griegos ni Smith llevaron el análisis filosófico mucho más allá de simplemente apuntar hacia la existencia de la suerte y la falta de control individual sobre los acontecimientos de su vida, la justicia de culparles a dichas personas puede ser cuestionada en algunos casos, particularmente en los cuales existen pruebas acerca de la falta de control individual de la situación en cuestión a la hora de provocar efectos dañinos a terceros. En otras épocas históricas, también se tomaba en cuenta conceptos parecidos a la suerte moral, sin embargo no serán analizados, porque las referencias que existen en el debate moderno en relación al término casi siempre pertenecen al mundo griego.

Los autores modernos responsables del término *suerte moral* son Bernard Williams y Thomas Nagel. Como se verá más adelante, ambos autores tienen diferentes puntos de vista sobre la importancia y el alcance de la suerte, e incluso difieren entre sí con respecto a cuáles son los acontecimientos que pueden ser considerados como influidos por la suerte. Sin embargo, los dos conceptos de la suerte han sido combinados por los críticos de la suerte moral e incluso por los propios autores originarios del término. En su momento, examinaremos la obra de cada uno de estos autores, así como otras aportaciones filosóficas tanto críticas como defensoras esenciales para llegar a una conclusión sobre la existencia o no de la suerte moral, y sobre la importancia que su existencia (o falta de ella) puede tener.

Nagel comienza su descripción de la suerte moral citando a Kant, y la idea kantiana de que la buena voluntad es buena por sí misma. Nagel cree que Kant probablemente hubiera dicho lo mismo sobre una mala voluntad, indicando de este modo que la suerte no puede entrar en el juicio con respecto a la voluntad individual<sup>7</sup>. Sin embargo, dicha idea intuitivamente parece equivocada y obedece a una importante paradoja moral, donde el individuo es frecuentemente juzgado por los efectos de sus actos en vez de por su voluntad, y es visto como buena o mala

---

<sup>6</sup> SMITH, A., *A Theory of Moral Sentiments*, New York, Prometheus Books, 2000, p. 2.

<sup>7</sup> NAGEL, T., *Mortal questions*, ob. cit., p. 449.

persona por tales resultados<sup>8</sup>. Así, cuando una parte significativa de las acciones de un individuo quede fuera de su control, y cuando dicha persona sea juzgada por el resultado de dichas acciones como mala persona en vez de como persona cuya vida ha sido impactada por la suerte, existe una paradoja de la suerte moral. Por un lado, las acciones de una persona parecen intuitivamente importantes, mientras que por otro lado, nos parece difícil e incluso equivocado juzgar a una persona por acontecimientos que están fuera de su control. Aquí cabe mencionar que también existe la posibilidad contraria de que una persona sea juzgada de manera favorable aunque sus acciones o intenciones hayan sido malas o indiferentes. Sin embargo, ni Williams, Nagel, ni cualquier otro filósofo de la suerte moral ha estudiado esta posibilidad en detalle, y está fuera del ámbito de esta investigación empezar tal obra.

Nagel hace una importante diferenciación entre cuatro tipos de suerte que pueden tener impacto en el valor moral atribuido a un individuo: la suerte constitutiva tiene que ver con el temperamento, las capacidades, y otras características del individuo presumiblemente adquiridas al nacer o apenas después. La suerte circunstancial viene determinada por las circunstancias enfrentadas por el individuo a lo largo de su vida; la suerte determinada por circunstancias antecedentes al evento en cuestión; y la suerte con respecto a los planes de vida individuales y su mayor o menor éxito<sup>9</sup>. Para aportar pruebas prácticas a su planteamiento, Nagel empieza por citar la suerte constitutiva de un ciudadano alemán que se mudó a Argentina por razones de negocios antes de que se llegara Hitler al poder, y así no tuvo la misma culpabilidad atribuida a los alemanes como colectivo en los excesos del régimen Nazi. Para explicar el impacto de la suerte circunstancial, cita dos ejemplos del mundo jurídico. Estos ejemplos pueden ser considerados como los casos clásicos de la suerte moral, siendo analizados en casi la totalidad de las obras importantes con respecto a este tema. Uno es el caso hipotético en el cual un camionero que no ha revisado los frenos de su camión mata a un niño que se ha cruzado en su camino, y el segundo ejemplo es la diferencia entre una tentativa de asesinato y un asesinato perpetrado de manera exitosa. Pues bien, aunque el camionero ha sido negligente en el acto de no revisar los frenos de su camión, no tuvo control sobre la entrada del niño en la carretera, como el asesino frustrado tampoco tuvo control con respecto a la supervivencia de su víctima. Sin embargo, en el

---

<sup>8</sup> Idem, p. 449.

<sup>9</sup> Idem, p. 451.

mundo de la justicia penal, los dos casos son juzgados por el resultado en la enorme mayoría de las jurisdicciones, y las intenciones del acusado juegan un papel bastante menor. Mientras que en los casos descritos y otros citados por Nagel, la culpabilidad estricta tiene sus usos en el mundo legal, parece poco fortuita como posición moral. Por ello, observando la paradoja de la suerte moral, hay que reducir las acciones juzgadas a una combinación de la previsibilidad razonable y las intenciones con las cuales actuó el agente moral<sup>10</sup>. Dicha construcción es básicamente equiparable con la figura del dolo eventual en la justicia penal de muchos países europeos y latinoamericanos, y quizás represente una solución idónea a la paradoja de la suerte moral respecto al Derecho Penal en su conjunto. Sin embargo, pretendo discutir los méritos del dolo eventual más adelante. Con respecto a la suerte constitutiva, se puede intentar llegar a juicios morales que separan la voluntad de las acciones, pero la suerte constitutiva hace incluso ese paso imposible. Por ejemplo, una persona puede tener la mala fortuna constitutiva de sentir envidia hacia otras personas aunque nunca lo exprese, aunque nunca haya querido sentir dichas emociones. Volveré sobre este tema.

Con respecto a la suerte circunstancial, quizás el clásico ejemplo viene de la Alemania nazi. La mayoría de la gente es culpable por no haberse revuelto contra el régimen de Hitler, pero hay pocos países que sometieran a sus ciudadanos a esta prueba tan difícil, y sería perfectamente posible imaginar, por ejemplo, que un canadiense pudiera fallar en la misma prueba. La última variedad de la suerte según Nagel tiene que ver con las circunstancias antecedentes; según este autor, es imposible incluso culpar a una persona por su propia voluntad, porque dicha voluntad se ve formada por varias circunstancias históricas anteriores a su propio desarrollo sobre las cuales el individuo presumiblemente no ejercía control ninguno. En resumen, es casi imposible separar una persona de sus acciones, razón por la cual dichas paradojas de la suerte moral son básicamente insolubles a través de un concepto de agencia moral kantiana y su énfasis en la responsabilidad individual<sup>11</sup>.

El otro creador de la suerte moral fue Bernard Williams, en su libro publicado bajo el mismo nombre. Sin embargo, antes de analizar esta obra, un análisis de otras aportaciones del mismo autor con respecto a la suerte puede resultar útil. En su libro *Ethics and the Limits of*

---

<sup>10</sup> Idem, pp. 453-4.

<sup>11</sup> Idem, pp. 455-7.

*Philosophy*, Williams hace varias aportaciones relevantes con respecto a la suerte. En primer lugar, después de tomar en cuenta que la suerte puede ser comprendida a través de la experiencia individual, Williams propone simplemente que un individuo se ponga en los zapatos de otro para darse cuenta del papel que ha tenido la suerte en su vida<sup>12</sup>. Con respecto a la relación entre la suerte y la moralidad, Williams dice lo siguiente. En primer lugar, la moralidad, con su énfasis en la pena, distrae la atención del individuo desde lo que hizo o no hizo una persona hasta lo voluntario *versus* lo no voluntario. Así, según Williams, la moralidad pone demasiado énfasis en la voluntad individual y niega atención suficiente a las acciones específicas<sup>13</sup>. Sin embargo, este énfasis en la voluntad individual representa una estrategia deliberada; donde la moralidad depende para su existencia del modo en que trasciende la suerte, mientras que el éxito la requiere para su propia existencia<sup>14</sup>. Finalmente, la moralidad nos ha inculcado un sentido de la justicia que intenta corregir o limitar el papel de la suerte, pero una doctrina filosófica que intente trascender la suerte no puede prosperar porque la suerte es una realidad omnipresente<sup>15</sup>.

Una gran parte de las aportaciones procedentes de *Ethics and the Limits of Philosophy* vienen posteriormente recogidas en el libro más importante de Williams con respecto a la suerte, *Moral Luck*. Antes de describir la suerte moral como fenómeno, indica varias características sobre los juicios morales hechos por kantianos sobre agentes individuales. Quizás las dos características más importantes son la de la universalidad de un punto de vista estrictamente moral, y la de la desvinculación entre el punto de vista moral y otros métodos de análisis intelectual<sup>16</sup>. Los puntos de vista utilitarios tienen una forma diferente de ver el agente, donde lo que importa de verdad es el estado de los asuntos en vez de qué o quién influyó en los asuntos hasta llegar a su estado actual. En cambio, los puntos de vista kantianos ponen tanto énfasis en el individuo que tratan de inmunizar la vida a los efectos de la suerte, o por lo menos plantear que se pueda minimizar la suerte a través de la voluntad individual y vivir una vida moral.

---

<sup>12</sup> WILLIAMS, B., *Ethics and the Limits of Philosophy*, Cambridge, Inglaterra, Cambridge University Press, 1986, pp. 82-3.

<sup>13</sup> Idem, p. 177.

<sup>14</sup> Idem, p. 195.

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> WILLIAMS, B., *Moral Luck: Philosophical Papers, 1973-1980*, ob. cit., p. 20.

Williams apunta a la existencia de varios tipos de suerte parecidos, pero no idénticos a los tipos de suertes planteadas en Nagel. En primer lugar, toma el ejemplo de Gauguin, un artista que abandona a su propia familia para ser verdaderamente importante en su profesión, pero que resulta herido antes de que pueda llegar a la fama y que por eso falla en su intento y en su plan de vida. Es importante darse cuenta de que no falla por resultado de ser una mala persona, sino que falla por resultado de circunstancias que están fuera de su control que, sin embargo, afectan a su manera de verse a sí mismo y también a la manera en que es visto por la sociedad<sup>17</sup>. Williams continúa haciendo una distinción entre la suerte intrínseca y la suerte extrínseca, la diferencia entre dos tipos de suerte que se hace evidente a través del análisis del suicidio de Anna Karenina. Sufre una mala suerte extrínseca cuando su novio le abandona, pero también es víctima de su propia suerte intrínseca considerando que fue parcialmente responsable del fracaso de su romance, su delicado estado emocional y su posterior decisión de suicidarse<sup>18</sup>.

En un segundo segmento del ensayo, Williams inventa el término “*agent regret*” (pena del agente) para describir los sentidos de pena o preocupación que una persona puede tener por resultado de acciones ocurridas en el pasado, incluso cuando los antecedentes a las acciones o las acciones mismas queden fuera del ámbito de su control<sup>19</sup>. Relacionada a la pena sentida por el agente moral, existe una diferencia en la justificación relativa de las acciones en cuestión según Williams. Hay una expectativa de que el agente se sienta diferente dependiendo de si simplemente ha deliberado mal, o de si ha deliberado de manera racional pero los acontecimientos y la suerte no le han favorecido<sup>20</sup>.

Por fin, Williams hace un comentario sobre el papel que juegan la suerte y la manera de ver el valor del agente moral en las obras de Rawls y Nagel. Para Rawls, es imposible que una persona verdaderamente moral actúe de una manera merecedora de la culpa o la pena del agente, mientras que Williams está en pleno desacuerdo con esta idea<sup>21</sup>. Nagel, por su parte, no tiene

---

<sup>17</sup> Idem, pp. 21-26.

<sup>18</sup> Idem, pp. 26-27.

<sup>19</sup> Idem, pp. 27-31.

<sup>20</sup> Idem, pp. 31-32. Aquí cabe hacer una precisión lingüística respecto del *agent regret*. La mayoría de las traducciones al español se refieren a “la culpa del agente”, una traducción que me parece bastante desafortunada; ya que “culpa” difiere de “pena”, que se refiere más a los sentimientos del agente moral cuyas acciones han producido el daño, sin necesariamente asignarle ninguna culpa o responsabilidad.

<sup>21</sup> Idem, pp. 33-34.

mucha simpatía por el ejemplo del artista que abandona a su familia e insiste en que esta persona tiene que ser juzgado como un ser inmoral, mientras Williams argumenta que dicho requisito es equivocadamente estricto; ya que por resultado de diferencias temporales y diferencias en lo que se contempla como moralmente aceptable en diferentes culturas, no se puede hacer juicios universalmente válidos respecto de la moral<sup>22</sup>. Los puntos de vista kantianos sobre la moralidad, según Williams, son destructivos del valor de la vida humana porque fuerzan a todas las consideraciones filosóficas a ser morales, relegando a la suerte y al resto de la vida filosófica a un espacio más pequeño del que merecen<sup>23</sup>.

Mientras existen diferencias importantes entre las respectivas concepciones de la suerte moral, también existen varias similitudes que hacen que las filosofías de Williams y Nagel sean interpretadas conjuntamente. En primer lugar, hay una discrepancia entre los planteamientos de Williams y Nagel y los planteamientos morales estrictamente consecuencialistas de inspiración kantiana. Mientras Williams y Nagel reconocen a la suerte moral como factor importante en la vida de las personas, los planteamientos tradicionales intentan eliminar la suerte a través de su concepción del agente moral como responsable de todas sus acciones y sus consecuencias. En segundo lugar, aunque las filosofías de Williams y Nagel difieren entre sí con respecto al número de posibles tipos de suerte moral, están plenamente de acuerdo en que la suerte moral puede venir de circunstancias producidas por el mero acto de nacer, por eventos en la vida, o las circunstancias antecedentes a una acción particular en las cuales al agente moral le faltaba un mínimo de control. En tercer lugar, los planteamientos críticos de la existencia de la suerte moral frecuentemente intentan combinar las filosofías de Williams y Nagel en un solo planteamiento, para así criticarlo y derrocar su fiabilidad.

En esta sección de la investigación, examinaré unos de los planteamientos más interesantes que ha encontrado a favor y en contra de la suerte moral, para establecer una opinión al respecto de su viabilidad como planteamiento, y para sacar unas conclusiones provisionales sobre lo que se puede hacer para tomar la suerte moral en consideración como factor influyente en nuestra sociedad. Personalmente, estimo que uno de los planteamientos más importantes al respecto viene de Susan Wolf. Después de hacer un resumen del concepto de la suerte moral,

---

<sup>22</sup> Idem, p. 37.

<sup>23</sup> Idem, p. 38.

comienza su argumento citando varias discusiones que ha tenido con otros filósofos cuyas obras han tocado el mismo tema, e indicando que solamente Williams parece aceptar la conclusión *prima facie* de que una persona lógicamente puede ser culpada por los resultados de acciones fuera de su control. Lo que Wolf llama la posición racionalista parecería dictar que eso no puede acontecer en una sociedad moderna por resultado del fuerte choque intuitivo supuesto por el acto de culpar a una persona por algo que ésta no pueda controlar. Si dos personas han cometido el mismo acto, pero solamente una de las dos perjudica la vida de un tercero por resultado de esta acción, la posición racionalista plantea que las dos personas han de sentir el mismo sentido de culpa sin tomar en cuenta el daño causado. Como consideración menor según Wolf, existe cierta injusticia al culpar a las personas por acontecimientos incontrolables. La moral occidental, construida con la idea de la agencia individual ocupando un lugar de enorme importancia, tiene que enfrentarse con una contradicción muy importante si el individuo es a la vez visto como totalmente responsable por sus acciones y culpado por los efectos negativos que éstas pueden provocar en el mundo exterior. Esta situación no sería tan injusta si la contradicción entre la agencia moral y la suerte no fuera utilizada para juzgar a los individuos, pero el hecho de que sea usada para este propósito la hace injusta y contra-intuitiva a la vez. La posición irracionalista (se puede decir consecuencialista y no perder el sentido original) utiliza el argumento opuesto. Una persona ha de sentir culpa por sus acciones en proporción directa al daño causado por dichas acciones, aunque una parte determinante del resultado de estas quede fuera del control del agente. Es verdad que esta posición también provoca cierto choque intuitivo en el lector, pero por lo menos equipara el daño causado con la culpa que ha de sentir el agente moral, mientras que la posición racionalista deja los daños causados por las acciones sin compensación<sup>24</sup>. Según Wolf, la posición racionalista no es lo suficientemente consciente del daño causado, razón por la cual las personas tienen el deber moral de tomar responsabilidades por sus acciones, considerando así el concepto previamente expresado y citado de la pena del agente moral<sup>25</sup>.

Mientras no se puede negar que Wolf tiene un planteamiento muy práctico con respecto a la suerte moral, parece que simplemente ignora las conclusiones que puedan ser problemáticas para nuestra convivencia en el mundo. Si una persona tiene un deber moral de llegar a la

---

<sup>24</sup> Idem, pp. 9-11.

<sup>25</sup> Idem, pp. 14-17 y 23.



posición irracionalista (e irracionalista según la propia admisión de Wolf), en el nombre de una mejor convivencia en el mundo, lo que propone definitivamente no puede ser llamada una solución al problema de la suerte moral. Adoptar una posición racionalista, sin lugar a dudas, tendrá unas consecuencias inquietantes para la moral bajo la cual ha funcionado la sociedad occidental desde los tiempos ilustrados, pero dudo que pueden resultar tan grandes e intimidantes como para reconocer la existencia de la suerte moral, y luego ignorar la conclusión más obvia que proporciona. Al contrario, habrá que asumir una gran responsabilidad por cambiar la brújula moral de la sociedad para que las personas no sean culpadas por lo que esté fuera de su control; el reconocimiento de la existencia de la suerte moral es también un reconocimiento del fracaso rotundo de los planteamientos morales del mundo occidental diseñados para eliminar los efectos de la suerte en nuestras vidas.

Sin embargo, hay varios planteamientos que niegan la existencia de la suerte moral como fenómeno, o que son escépticos con respecto a las conclusiones lógicas de mantener un planteamiento a favor. Uno de los más relevantes viene de Zimmerman, que alega que lo que falla en la concepción de la moral no es el acto de culpar a una persona por las consecuencias negativas de sus acciones aunque dichas consecuencias queden fuera de su control, sino el acto de no culparle por sus acciones inmorales aunque no tengan consecuencias negativas. Según Zimmerman, en el peor de los casos se puede demostrar la existencia de la responsabilidad moral en los casos de la suerte en el resultado y la suerte en las circunstancias, y así el problema de la suerte moral no existe<sup>26</sup>.

Slote toma una postura diferente, intentando no tanto demostrar que la suerte moral no existe, como intentando resolver el problema a través de la probabilidad estadística. Después de criticar concepciones utilitaristas por crear más paradojas filosóficas incluso en relación a la suerte moral, y el pensamiento consecuencialista por varias inconsistencias lógicas, intenta crear un esquema a través del cual tanto el elogio como la culpa queden anulados, y solamente se juzga la moral de acciones específicas a través de estimaciones de la probabilidad de los posibles resultados. Sin embargo, es muy difícil calcular la probabilidad de cualquier resultado, y la adscripción de probabilidades también va en contra del sentido común por negar la responsabilidad moral por el daño causado a favor de una fe ciega en cálculos de dudosa

---

<sup>26</sup> ZIMMERMAN, M.J., "Luck and Moral Responsibility", *Ethics*, 1987, vol. 97, no. 2, pp. 374.

fiabilidad. También habría que tomar en cuenta el carácter de cada individuo, junto con su capacidad mental de estimar con certeza las probabilidades de los resultados de sus acciones. De todas maneras, Slote cree que el problema de la suerte moral es de una índole tan grande que algunas estimaciones de probabilidad resultarán necesarias para resolverlo<sup>27</sup>.

Los puntos de vista críticos expresados hasta este momento por lo menos han admitido la existencia del fenómeno, o en el peor de los casos han disputado la existencia del problema en algunos casos particulares. Los próximos dos puntos de vista que consideraremos, sin embargo, intentan demostrar que la suerte moral no merece ninguna solución (planteamiento de Jarvis Thomson), y que la suerte moral como fenómeno es tan omnipresente que se convierte en factor irrelevante (planteamiento de Browne).

Browne sostiene que la suerte moral simplemente no merece ninguna consideración intelectual porque “control” es un nombre equivocado para un fenómeno que no existe. Es imposible, según Browne, encontrar alguna acción en el mundo sobre la cual el agente moral tenga un control completo de sus consecuencias. Incluso cuando hablamos de la voluntad individual, considerada completamente bajo el control individual por muchos filósofos, Browne plantea que está determinada en muchos aspectos por la llamada suerte constitutiva de Nagel. Entonces, según este planteamiento, la suerte moral es uno de esos conceptos que nos dice todo y nada a la vez. Nos indica que no tenemos control sobre las consecuencias de nuestras acciones, pero el hecho de no tener control es irrelevante porque en realidad no tenemos control sobre absolutamente nada en sentido riguroso. Entonces, Browne plantea que hay que dejar de castigar o culpar a las personas cuando cometen errores, porque esta práctica solamente refuerza la paradoja de la suerte moral, una paradoja que, para él, no parece tener valor intelectual.<sup>28</sup>

A mi juicio, el planteamiento de Browne tiene problemas parecidos a los que sufre el argumento de Wolf. Decir que la suerte moral es omnipresente no quiere decir que no exista, y no se puede demostrar que una cosa omnipresente sea irrelevante simplemente por el propio hecho de su omnipresencia. Además, si la suerte moral es una cosa omnipresente y, por tanto, irrelevante, no hay razón para corregir los pensamientos de la sociedad a través de la eliminación de nociones tales como la culpa o el castigo. La posición de Jarvis Thomson, sin embargo, es

---

<sup>27</sup> SLOTE, M., “The Problem of Moral Luck”, *Philosophical Topics*, 1994, vol. 22, no. 1 y 2, pp. 397-409.

<sup>28</sup> BROWNE, B., “A Solution to the Problem of Moral Luck”, *Philosophical Quarterly*, 1992, vol. 42, no. 168, pp. 345.

algo más interesante y merecedor de atención. Empieza su argumento por plantear lo que ella llama “la tesis determinista” bajo la cual una persona no puede ni recibir una mejora en su estatus moral ni ser culpada por los resultados de sus acciones porque demasiados resultados y circunstancias antecedentes quedan fuera del control del agente<sup>29</sup>. La tesis determinista de Jarvis Thomson es aproximadamente, pero no del todo, equiparable a los argumentos que han sido etiquetados como racionalistas en esta investigación. Esta tesis viene de su análisis de las paradojas de Williams y Nagel, con el cual no está de acuerdo y propone, como punto intermedio entre los argumentos de la suerte moral y su propio punto de vista, el argumento anteriormente mencionado de Adam Smith: que lo importante no es el resultado de una cierta acción, sino la intención con la cual fue cometida<sup>30</sup>. Jarvis Thomson cree que todo el mundo tiene una responsabilidad por los efectos de sus acciones porque vivimos en un mundo donde son las personas las que cometen esos actos y no en un mundo en el que los actos ocurren por sí solos<sup>31</sup>. Si aceptáramos la tesis determinista, tendríamos que aceptar que las personas no sean culpables por ninguna cosa que hagan, no importa lo horrorosa que sea<sup>32</sup>. Este planteamiento es uno de los pocos planteamientos críticos con la suerte moral que encuentro convincentes. Aunque es verdad que el control individual de las acciones propias no es omnipresente, sería contraintuitivo plantear que las personas no hayan de pagar por las consecuencias de sus actos. Sin embargo, como un argumento estrictamente personal que también será propuesto más adelante, creo que mientras el individuo tiene una obligación moral de reconocer los efectos perjudiciales de sus acciones, aun cuando no tiene control sobre ellos, la sociedad también ha de mitigar la culpa o censura moral hacia esta persona si se puede demostrar una falta de control personal lo suficientemente importante.

También hay evidencia en favor de la existencia de la suerte moral en los escritos de los psicólogos Edward Royzman y Rahul Kumar. No he podido encontrar ninguna fuente que esté en desacuerdo con las conclusiones proporcionadas desde la disciplina de la psicología empírica. Sin embargo, cabe notar que carezco de los estudios psicológicos y estadísticos para encontrar

---

<sup>29</sup> JARVIS THOMSON, J., “Morality and Bad Luck”, *Metaphilosophy*, 1989, vol. 20, no. 1, pp. 203-221, especialmente pp. 204-7.

<sup>30</sup> Idem, pp. 208-12.

<sup>31</sup> Idem, pp. 214-7.

<sup>32</sup> Idem, pp. 220-1.

faltas (si es que éstas existen) en las conclusiones mencionadas con respecto a esta fuente. La suerte moral siempre ha sido o negada como fenómeno ilusorio o reivindicada como una prueba a favor de la necesidad de cambiar nuestra moral hacia una que no tome tanto en cuenta nociones tales como la culpa y la responsabilidad. Los autores mencionados presentan un tercer argumento desde la psicología empírica, que plantea que la suerte moral carece de una dimensión ilusoria. Sin embargo, no ha de ser tomada en cuenta para poner en duda nuestras intuiciones sobre la responsabilidad interpersonal de manera universal, porque un sistema adecuado alternativo no ha sido aceptado por la mayoría de la sociedad. Lo que sí nos puede proporcionar es una prueba a favor de la relatividad de los estándares morales de la sociedad respecto de la responsabilidad y el merecimiento<sup>33</sup>. Y eso no es poco.

Mientras el debate respecto de la validez de la suerte moral no puede ser resuelto con una investigación de esta índole, se pueden sacar varias conclusiones provisionales que nos lleven a la segunda parte del presente capítulo con respecto a la igualdad dworkiniana. Los argumentos con respecto a la irrelevancia de la suerte moral parecen poco convincentes, o porque niegan la existencia del fenómeno, o porque se dan cuenta de su existencia sin proponer ninguna solución más allá del punto de vista moral dogmático a favor de la responsabilidad y la culpa individuales, a pesar de descubrir paradojas que cuestionan tales nociones. Al contrario, los argumentos a favor de la suerte moral indican que hay dos paradojas no resueltas por los argumentos en contra. Por un lado, el estatus moral de los individuos se ve afectado por acontecimientos fuera de su control, mientras por otro lado, el concepto de control parece comprender un espacio fáctico bastante reducido. Además, hay pruebas empíricas que apuntan a la existencia de la suerte moral. Tomando en cuenta la incapacidad de los críticos de negar la existencia de dichas paradojas de manera convincente, y las evidencias empíricas en favor de la suerte moral, asumiré que existe la suerte moral para terminar el capítulo discutiendo la relación entre la suerte moral y la igualdad.

Antes de dejar la suerte moral, sin embargo, hay un artículo merecedor de análisis que incorpora una porción importante de la filosofía dworkiniana, y así sirve como un puente entre el debate respecto de la suerte moral y la filosofía igualitarista. Michael Otsuka utiliza la diferencia propuesta por Dworkin entre la suerte opcional y la suerte bruta (diferencia que será citada

---

<sup>33</sup> ROYZMAN, E. y KUMAR, R., "Is Consequential Luck Morally Inconsequential? Empirical Psychology and the Reassessment of Moral Luck", *Ratio*, 2004, vol. 17, no. 1, pp. 329-344.

explícitamente más tarde) para plantear que los efectos perjudiciales de la suerte moral solamente son merecedores de recompensa si la suerte moral causante de los efectos perjudiciales ha sido suerte opcional en vez de suerte bruta. La diferencia entre la suerte opcional y la suerte bruta es que la suerte bruta le sucede al agente moral independientemente de las acciones que éste realice y de la intencionalidad de las mismas, mientras la suerte opcional es una especie de suerte que se desprende como consecuencia de acciones y decisiones directas de los sujetos involucrados<sup>34</sup>. Es ridículo culpar a una persona por algo que no puede evitarse o por consecuencias de sus acciones que verdaderamente quedan fuera de su control, porque esos casos caen bajo la definición de la suerte bruta. La víctima de una mala suerte moral opcional, sin embargo, no merece ser protegida de la responsabilidad por sus acciones. Un ejemplo de una mala suerte opcional es el caso de una persona que conduce bajo la influencia de alcohol y que mata a una persona con el coche. Esta persona ha sufrido la mala suerte moral opcional de matar a otro con el coche mientras otras personas que conducen borrachos no han matado a nadie, pero el acontecimiento pudiera haber sido evitado si el conductor hubiera decidido no conducir bajo la influencia de alcohol<sup>35</sup>. A la luz de esta conclusión, Otsuka crea un principio de la justicia bajo la cual una víctima de su propia suerte moral solamente puede ser culpada por sus acciones si fueron el resultado de una mala suerte moral opcional.

Sin embargo, este planteamiento parece generar una pregunta bastante evidente. ¿Pueden perfectamente existir casos en los cuales haya mala suerte moral en ambos sentidos?. Supongamos, por ejemplo, que una persona conduce borracha, como propone Otsuka, pero que esta persona también tiene una discapacidad física que le prohíbe mover un brazo para cambiar la dirección del coche. Supongamos también que sin la discapacidad física, hubiera sido posible evitar la muerte del peatón. ¿Cuánto debería ser culpable el conductor? No hay duda sobre la existencia de una mala suerte opcional por la cual puede ser culpado, pero también existe una mala suerte moral bruta sobre la cual el conductor no ejercía control ninguno. Parecería, según el planteamiento de Otsuka, que la persona también debería de ser culpada en este caso por conducir borracho, porque tenía alguna manera de suponer que su discapacidad física haría el acto de conducir borracho más peligroso todavía. Sin embargo, esta cuestión merece un análisis

---

<sup>34</sup> OTSUKA, M., "Moral Luck: Optional, Not Brute", *Philosophical Perspectives*, 2009, vol. 23, no. 1, pp. 373-388, especialmente pp. 373-376.

<sup>35</sup> Idem, pp. 375-6.

más extendido. A pesar de todo, el artículo de Otsuka parece proporcionar una salida muy interesante y práctica del dilema de la suerte moral que también es una solución propuesta por Dworkin en su obra sobre la igualdad.

## 1.2: ¿Cómo se relacionan suerte moral e igualdad?

Dworkin en *What is Equality* habla de la construcción de una sociedad igualitaria, en la que también se diferencia entre la suerte opcional y la suerte bruta. Después de analizar los puntos más relevantes de su tesis, pretendo sacar algunas conclusiones básicas sobre las posibilidades reales de construir tal sociedad, y analizar si sería favorable desde el objetivo de erradicar la suerte como factor influyente en nuestras vidas.

Antes de estudiarlas relaciones entre la sociedad igualitaria propuesta por Dworkin en relación al concepto de la suerte moral, habrá que analizar dicha sociedad igualitaria. En *What is Equality*, Dworkin considera el debate entre varias formas de igualdad, enfocándose específicamente en el concepto de la igualdad del bienestar. La igualdad de bienestar es una idea atractiva porque está de acuerdo con una reacción intuitiva de la inmensa mayoría de las personas; quien tenga menos bienestar debería de tener una mayor cantidad de recursos para enfrentar las dificultades de su vida<sup>36</sup>. Empieza su análisis de la igualdad del bienestar por proponer la igualdad del éxito como una buena medida, la igualdad del éxito teniendo una dimensión total (lo exitosa que es una persona en relación a la realización de sus planes de vida), y una dimensión relativa (un concepto que analiza el éxito de una persona comparado con el éxito del resto de los miembros de una sociedad). Dworkin encuentra poco atractivas a ambas concepciones, porque ambas requieren que lleguemos a una definición universalizable del éxito mientras todavía medimos el éxito en términos individuales, un desafío muy difícil por no decir imposible<sup>37</sup>. También considera la igual felicidad como medida, pero un concepto que tiene que

---

<sup>36</sup> DWORKIN, R., "What is Equality? Part 1: Equality of Welfare", *Philosophy & Public Affairs*, 1981, vol. 10, no. 3, pp. 185-246. Dworkin escribió 4 ensayos respondiendo a la pregunta de qué es igualdad, que fueron luego incorporados como capítulos en DWORKIN, R., *Virtud soberana*, trad. de M. J. Bertomeu y F. Aguiar, Paidós, Barcelona, 2003. Para la presente investigación, realizaré las citas desde los artículos originales. Igualmente, para ampliar este tema puede consultarse RIBOTTA, S., *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, ob. cit, pp. 162-192 y BURLEY, J. (editora), *Dworkin and his critics*, Blackwell Publishing, Oxford, 2004.

<sup>37</sup> Idem, pp. 206-17.

ver con la igual felicidad cae derrotado ante los mismos argumentos empleados para derrotar la igualdad del éxito, especialmente en su variante relativa<sup>38</sup>. Todas las versiones de igualdad de bienestar analizadas hasta este punto son versiones subjetivas del concepto, porque permiten a los usuarios de los beneficios sociales establecer concepciones individuales de su propia felicidad y éxito. La igualdad objetiva, sin embargo, derrota el punto de establecer la igualdad de bienestar como medida, porque requiere una teoría independiente de la distribución de recursos, además de plantear varias dificultades insuperables a la hora de imponer una manera universalizable de medir el concepto<sup>39</sup>. Por último, la igualdad del bienestar no admite en su paradigma teórico ninguna consideración de los gustos caros que pueda tener una persona sin perder de vista la propia igualdad de bienestar en vez de asumir un concepto de igualdad de recursos u otra teoría igualitarista. Dworkin considera que los gustos caros se relacionan con la suerte bruta individual porque es raro que su adopción por parte del individuo sea totalmente voluntaria<sup>40</sup>.

Posteriormente, Dworkin analiza los méritos de la igualdad de recursos, su concepto preferido de la igualdad. Dworkin hace una propuesta interesante a favor de un mercado como institución tanto económica como política. En una sociedad hipotética compuesta por personas naufragadas en una isla desierta, todos tendrían una subasta para comprar diferentes recursos después de ser asignados paquetes individuales de bienes, y después de un segundo paso donde fuera institucionalizada una prueba bajo la cual ningún miembro de la sociedad tuviese envidia hacia otro por los recursos que tuviera antes del momento de la subasta<sup>41</sup>. Según Dworkin, dicha subasta no es tan poco práctica como pudiera parecer a primera vista. La sociedad moderna ya dispone de un sistema elaborado de seguros, y el hecho de subastar recursos perfectamente pudiera formar parte de un sistema de seguros en el futuro. En la sociedad hipotética, los individuos pueden comprar diferentes recursos a través de la subasta, y también diferentes seguros en contra de la mala suerte bruta, que es el tipo de suerte que Dworkin aquí propone

---

<sup>38</sup> Idem, pp. 220-4.

<sup>39</sup> Idem, p. 225.

<sup>40</sup> Idem, pp. 229-66 y 239-40.

<sup>41</sup> DWORKIN, R. "What is Equality? Part 2: Equality of Resources", *Philosophy & Public Affairs*, 1981, vol. 10, no. 4, pp. 283-345, especialmente pp. 284-92.

eliminar<sup>42</sup>. Quizás el ejemplo clásico de la mala suerte bruta son las discapacidades físicas e intelectuales, que también pueden ser compensadas a través de la compra de seguros; los gustos caros también pueden ser compensados a través del mismo sistema<sup>43</sup>. Dworkin incluso propone que el hecho de tener un gusto caro no voluntario constituye una especie de discapacidad por el hecho de no ser voluntario y forma parte de la mala suerte bruta<sup>44</sup>. El hecho de que diferentes personas disponen de diferentes capacidades y talentos, sin embargo, puede destruir el equilibrio ya impuesto de la igualdad de recursos, razón por la cual Dworkin propone redistribuciones periódicas de la riqueza a través de impuestos de la renta, y la compra de seguros relacionados con talentos y discapacidades en el mismo mercado; el hecho de no ser talentoso es equiparable al hecho de padecer una discapacidad especialmente común, según Dworkin, y así debería ser tratado de la misma manera que tener una discapacidad.

Igualmente, Dworkin realiza unas precisiones respecto al lugar que ocupa la libertad en una sociedad construida con la igualdad de recursos como base<sup>45</sup>. Para ello, establece un sistema de subastar libertades muy similar al que empleó para subastar los recursos, y también plantea varios principios destinados a eliminar la posibilidad de que las mayorías puedan imponer sus puntos de vista políticos o morales a la minoría<sup>46</sup>. Así, aunque Dworkin no menciona a la suerte de manera directa, a mi modo de ver, el hecho de tener puntos de vista políticos o morales, o tener una identidad étnica o religiosa diferentes del resto de la sociedad puede ser considerado como efecto de la suerte bruta, e incluso se relaciona con la suerte moral, porque los puntos de vista individuales sobre la moral pueden no ser voluntarios.

Por ejemplo, hay pocas personas en el mundo que tienen la oportunidad real de elegir su propia religión, o por lo menos no la tienen antes de que lleguen a una edad donde el acto de optar por cambiar de religión sería considerado como imposible incluso por el individuo en cuestión. Las preferencias religiosas también pueden dictar las actitudes morales de los

---

<sup>42</sup> Idem, pp. 293-6.

<sup>43</sup> Idem, pp. 296-304. Sobre este tema de la discusión de los gustos caros y su vinculación con las necesidades y las discapacidades, véase RIBOTTA, S., *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, ob. cit, pp. 303 a 343.

<sup>44</sup> DWORKIN, R. "What is Equality? Part 2: Equality of Resources", ob. cit.

<sup>45</sup> DWORKIN, R. "What is Equality? Part 3: The Place of Liberty", *University of Iowa Law Review*, 1987, vol. 73. pp. 1-54.

<sup>46</sup> Idem, pp. 17-37.



creyentes, incluso en casos en que una persona en concreto puede tener puntos de vistas radicalmente diferentes a los mantenidos por la mayoría de la sociedad en la que vive. En el caso hipotético de una mujer musulmana de familia muy conservadora que ha elegido vivir en Canadá, por ejemplo, es la situación de una mujer que, por razones de rigidez de su familia, no ha tenido la oportunidad real de elegir otra religión que eventualmente le puede perjudicar ante los ojos del resto de la sociedad canadiense a la hora de tomar decisiones morales de cierta gravedad. Entonces, este caso hipotético junto con el hecho de que Dworkin intente proteger los puntos de vista morales minoritarios señala un punto importante con respecto a la suerte moral: ya que no se puede decir que la suerte moral sea opcional en todos los casos.

### **1.3: Conclusión**

Para concluir el capítulo, pretendo plantear unas opiniones sobre el concepto de la suerte empleado por Dworkin, la relación entre la igualdad dworkiniana y la suerte moral, y los desafíos involucrados en la construcción de una sociedad igualitarista que tome en cuenta la suerte moral para proporcionar un mayor grado de igualdad. Estas opiniones serán breves y poco comprehensivas por razones de espacio, pero creo que hay varias cosas merecedoras de ser por lo menos planteadas en una investigación de este tipo.

En primer lugar, mientras encuentro varias cosas muy interesantes en el discurso dworkiniano, también lo encuentro problemático por varias razones. Es importante notar que Dworkin reconoce el papel jugado por la suerte en nuestras vidas, e intenta eliminar el papel de la suerte bruta. Sin embargo, la idea de subastar recursos, aunque Dworkin impone la llamada prueba de la envidia, es extremadamente problemática por dos razones. En primer lugar, es verdad que la subasta de recursos y seguros para contrarrestar los efectos de la mala suerte bruta tendrían efectos positivos en la sociedad simplemente por el hecho de intentar eliminar ese tipo de suerte. Una subasta pondría tanta importancia en la suerte opcional de una persona que la eliminación de la suerte bruta sería un consuelo bastante pequeño. La eliminación de la suerte bruta sería, sin lugar a dudas, un avance importante. También sería deseable encontrar una forma de eliminar la suerte opcional que no tuviese que ver con la compra y la venta de seguros. Si uno considera los abusos tremendos perpetrados en las economías modernas por las empresas de

seguros y otras instituciones dependientes en la suerte opcional, llega a la conclusión de que un mundo en el cual los seguros jugaran un papel menos relevante sería también un avance importante.

Mi segunda discrepancia con Dworkin tiene que ver con su idea respecto de los gustos caros, los talentos, y las discapacidades. Es verdad que un gusto caro puede tener elementos no voluntarios en algunos casos, pero en el mundo actual, la enorme mayoría de las personas que tenemos el lujo de tener esos gustos disponemos de una suerte bruta increíblemente buena, y la inmensa mayoría de la población mundial simplemente no tiene la oportunidad de cultivar tales gustos. En pocas palabras, la idea de compensar los gustos caros nunca ha sido una idea que me haya tomado muy en serio. La inmensa mayoría de las personas talentosas en el mundo también disponen de una suerte bruta tan buena como para permitirles descubrir la magnitud de sus propios talentos. Mirando el otro lado de la moneda, la mayoría de las personas con alguna discapacidad grave en el mundo nunca han tenido ninguna manera adecuada de compensar sus discapacidades o, lo que es similar, de desarrollar las capacidades de manera adecuada o incentivada. Con lo cual, la idea de incluir los talentos-capacidades en la misma bolsa de las discapacidades tal como existen en el mundo, independientemente de cómo se han obtenido o desarrollado, presenta los mismos inconvenientes que la idea de compensar los gustos caros. Sin embargo, la idea dworkiniana de la igualdad de recursos también tiene la consecuencia muy atractiva de eliminar algunos elementos de la suerte de nuestras vidas, razón por la cual tiene gran valor como manera de enfrentar a la suerte y producir una sociedad igualitaria a la vez. No es una idea perfecta de ninguna manera, pero creo que nos puede proporcionar unos avances muy importantes.

También hay una relación que no puede ser ignorada entre la suerte moral y la construcción de una sociedad verdaderamente igualitaria. En primer lugar, aunque no he encontrado ninguna literatura filosófica que apoye esta conclusión estrictamente personal, el hecho de que exista la suerte moral parece invitar no solamente a que unas personas sean juzgadas de manera diferente a otras, sino a que esos juicios morales puedan aumentar decisiones desigualitarias que sufran las víctimas de una suerte moral poco favorable. En segundo lugar, discrepo con la idea de que la suerte moral sea una suerte totalmente opcional en todos los casos, como he explicado anteriormente. Si se puede considerar la suerte moral por lo menos en parte

una suerte bruta, en el caso de la sociedad dworkiniana, que la suerte moral tendría que ser uno de los bienes subastados y sujetos a la prueba de envidia.

Para intentar unir los dos temas dominantes del capítulo, es necesario preguntarse si se puede garantizar una suerte igual para todas las personas, y en el caso negativo, qué medidas se pueden tomar para limitar los efectos de la suerte a través de la construcción de una sociedad igualitaria. No creo que se pueda equiparar la suerte de todas las personas, porque hay demasiados acontecimientos en los cuales la suerte juega un papel decisivo. Incluso si limitamos el objetivo a equiparar la suerte moral de todos, no creo que sea un objetivo alcanzable, porque no veo ninguna manera de equiparar la suerte moral sin establecer una moral común y universal. Aunque fuera posible establecer esa moral común, anular la suerte moral como consideración requeriría la destrucción del concepto dominante bajo el cual vivimos de la agencia moral individual. Sin embargo, hay medidas que pueden ser tomadas, y con un bajo coste social, para limitar el alcance de la suerte (especialmente la suerte moral) en la construcción de una sociedad más igualitaria. Como he dicho anteriormente, la sociedad dworkiniana, aunque tiene problemas bastante serios, parece proporcionar un punto de comienzo atractivo para limitar la suerte bruta. Aunque no se trataría de una subasta, el Estado puede tomar medidas para limitar los efectos de la suerte moral, a través del sistema judicial. Víctimas de una mala suerte moral bruta que se ven involucradas con el sistema judicial deberían de poner su mala suerte moral bruta como una prueba por lo menos parcialmente mitigante de la culpa que puedan tener si pueden comprobar que algún acto delictivo cometido es el resultado de una decisión cuyos efectos o consecuencias están fuera del control del individuo. Esta idea es muy parecida al concepto de dolo eventual, cuya hora de discusión ha llegado. Bajo la concepción alemana del dolo eventual, el acusado tiene que cumplir dos requisitos para que sea culpado por el delito con el máximo rigor de la ley. En primer lugar, ha de saber que sus actos tienen una probabilidad lo suficientemente alta para provocar el acontecer delictivo intencionado. En segundo lugar, el acusado tiene que conocer que sus acciones son ilegales, conocimiento que no le puede haber disuadido de cometer el delito en cuestión<sup>47</sup>. El dolo eventual es también un concepto que ha tomado formas parecidas, pero no

---

<sup>47</sup> TAYLOR, G. "Concepts of Intention in German Criminal Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, vol. 24, pp. 99-127, pp. 99, 101-2, y 11-5.

idénticas en países hispanos, pero ha tenido menor aceptación en países de tradición anglosajona<sup>48</sup>.

En su artículo, Taylor plantea que el concepto del dolo eventual carece de rigor intelectual por dos razones. En primer lugar, los conceptos de intencionalidad delictiva y conocimiento con respecto a la probabilidad de los eventos son extremadamente difíciles de medir, y en segundo lugar, el concepto de dolo eventual no refleja de manera adecuada los avances en la psicología, la psiquiatría, y la criminología modernas<sup>49</sup>. Sin embargo, creo que ambas objeciones no deberían ser tomadas en cuenta por lo menos hasta que el conocimiento general de la salud mental sea mucho más concreto que lo que es ahora. Si existe una falta de precisión en medir las intenciones personales, cualquier grado de duda ha de ser necesariamente menor que la imprecisión que surge por resultado de no tomar en cuenta en ningún modo la suerte moral. Por cierto, habrá que imponer una forma fija de medir el dolo eventual, pero no creo que sea un asunto irresoluble de ninguna manera. La segunda objeción de Taylor también parece fácil de resolver simplemente por el hecho de poder realizar estudios psicológicos empíricos (como el previamente citado de Royzman y Kumar) sobre el impacto de la suerte moral en las sociedades modernas, y tomar en cuenta sus conclusiones como parámetros confiables con respecto a la determinación del concepto jurídico. Si en el futuro tales estudios proporcionan resultados de dudosa fiabilidad, habrá que volver a examinar la conclusión recién sacada, pero hasta que la criminología empírica llegue a ese punto, el dolo eventual debería ser un concepto adecuado -si no absolutamente necesario- a tomar en cuenta en los países donde ahora tiene menor influencia. Dichas respuestas son, de hecho, propuestas con respecto a la incorporación del dolo eventual o un concepto parecido en el Derecho común de los países anglosajones, para medir los efectos de la suerte moral bruta y así mitigarlos en los casos correspondientes.

Con respecto a la mala suerte moral opcional, sin embargo, aunque la manera de la subasta fuera la forma más eficaz de construir una sociedad igualitaria, no creo que subastar una

---

<sup>48</sup> BELLO LANDROVE, F., "El dolo eventual en España (Reflexiones para un debate)", *Jueces para la democracia*, 1998, no. 32. pp. 14-16. Sin embargo, hay un interesante artículo al respecto, que propone la posibilidad de que la aceptación de la maldad y la gravedad de las acciones delictivas sean tomadas en cuenta por países de tradición jurídica anglosajona. MICHAELS, A.C. "Acceptance: The Missing Mental State", *Southern California Law Review*, 1997, vol. 71, pp. 953-1036.

<sup>49</sup> TAYLOR, G., "Concepts of Intention in German Criminal Law", ob. cit. pp. 20-5.

mala suerte moral opcional sea deseable. La suerte moral existe porque las ideas morales dominantes juzgan algunos comportamientos como malos o negativos, aunque esas ideas son bastante cuestionables en muchos casos. No estoy cómodo con la idea de subastar o comprar seguros en contra de la reprobación de los demás; ya que la moral no debería estar incluida en el mercado.

A su vez, cualquier cambio que tenga lugar para eliminar la suerte moral, tiene que venir desde una intervención directa del Estado, desde la actuación del sistema judicial en casos de delincuencia o de daños en el sistema civil, o a través de cambios del paradigma moral bajo el cual la sociedad hace sus juicios de lo bueno y de lo malo. Ya hemos establecido que la imposición de una moral por parte del Estado sería una alternativa poco deseable, y que el actuar del sistema judicial sería posible pero limitado. Sin embargo, la existencia de la suerte moral y las paradojas que ocasiona han sido ampliamente demostradas, razón por la cual la moral social dominante debería sufrir algunos cambios si se desea eliminar las inconsistencias planteadas.

## **Capítulo 2: La suerte en el Derecho Penal**

### **2.1: El consecuencialismo versus el racionalismo. El debate filosófico.**

Un aspecto muy poco estudiado en relación a los efectos de la suerte en el Derecho Penal tiene que ver con la suerte en el acto delictivo. Como ya he intentado demostrar en la parte introductoria de esta investigación a través de un ejemplo hipotético, hay aspectos de varios-- quizás la mayoría de los crímenes cometidos en este mundo—que quedan fuera del control de los propios delincuentes, sin ni siquiera tomar en cuenta la falta de control experimentada por las víctimas de la delincuencia.

Aunque hay cierto debate filosófico al respecto sobre la importancia que debería o no de ejercer esta falta de control individual, la inmensa mayoría de la literatura filosófica que he tenido la ocasión de estudiar por lo menos admite la existencia de una falta de control en aspectos importantes de la vida en general y en actos que pudieran ser considerados como delictivos en particular. En un ejemplo clásico de la suerte moral ya mencionado en el capítulo 1, Nagel piensa en el caso hipotético de un camionero que ha sido negligente en revisar los frenos de su vehículo, y que desafortunadamente se atropella un niño quien ha intentado cruzar la carretera; aunque fuera físicamente imposible para que el camionero evitase el accidente si hubiera tenido los frenos en un estado perfecto de mantenimiento, sin embargo es declarado culpable por un delito y puede ser incluso condenado a cierto tiempo de prisión<sup>50</sup>. En su artículo, Williams propone un caso extremadamente parecido al caso recién mencionado<sup>51</sup>.

A pesar de que no haya mucho debate en los círculos filosóficos sobre el hecho de que existe una falta de control importante en muchos aspectos de la vida, hay muchas diferencias de opinión relativas a las consecuencias que esta falta de control debería o no de tener en lo que al juicio de la persona implicada se refiere. En los primeros años después de que emergió el término “la suerte moral”, parecía existir cierto consenso al respecto; incluso Williams habla de lo que llama “la pena del agente”, un sentido de culpa que debe de sentir una persona a quien le importa la moral cuando ha hecho algo que afecta de manera negativa a personas inocentes,

---

<sup>50</sup> NAGEL, T., *Mortal Questions*, ob. cit. p. 450.

<sup>51</sup> WILLIAMS, B., *Moral Luck: Philosophical Papers, 1973-1980*, ob. cit. p. 28.

aunque la persona que comete el daño no tenga control ninguno respecto a la acción dañina en cuestión<sup>52</sup>. Sin embargo, especialmente en lo que se refiere a ciertas acciones que pueden caer en el ámbito del Derecho Penal, este consenso ha desaparecido<sup>53</sup>. Uno de los objetivos principales de este capítulo será precisamente argumentar que el control que ejerce un individuo sobre el acto delictivo es de una importancia absolutamente esencial en la determinación de una pena verdaderamente justa, una opinión que parece ser minoritaria hasta el momento.

Para comenzar este debate, propongo analizar las opiniones mayoritarias sobre la suerte en el acto delictivo, y después de presentar mis críticas personales de dichas opiniones, mirar la minoría de los académicos que piensan que la falta de control debería de ser tomada en cuenta en el acto de condenarle a una persona en un procedimiento penal.

Una obra importante al respecto de la suerte en el Derecho Penal viene de Malamud Goti en su libro *Suerte y Responsabilidad Penal*.

En primer lugar, Goti cree en una contradicción casi constante entre la suerte y la responsabilidad. En sí, esta creencia no debería de resultar novedosa, porque en esta investigación he intentado abordar precisamente esta contradicción desde varios ángulos, pero la solución que propone Goti resulta innovadora tanto por su sencillez como por su dificultad a la hora de poner en práctica. Plantea el autor que hemos de asumir varias identidades a la hora de analizar la contradicción; la víctima, el victimario, la sociedad, o la propia moral pueden constituir puntos de vista a través de los cuales Goti cree que hemos de mirar este debate para llegar a una solución equilibrada<sup>54</sup>. Otro aspecto interesante de su obra es su creación de una teoría significativa de la responsabilidad penal, bajo cuyas premisas acciones y sus posibles consecuencias son producto de la interacción entre el observador y los propios acontecimientos, además de la buena o mala voluntad con la cual fueran cometidas, y además de las personas involucradas e inmediatamente afectadas<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Idem, pp. 28-32, especialmente p. 31.

<sup>53</sup> Para ver unos argumentos extremadamente bien presentados tanto a favor como en contra de esta idea, véase FEINBERG, J., "Equal Punishment for Failed Attempts: Some Bad but Instructive Arguments Against It", *Arizona Law Review*, 1995, vol. 37, pp. 117-134. Este artículo, y el debate sobre los crímenes en grado de tentativa serán analizados en mayor detalle a continuación.

<sup>54</sup> MALAMUD GOTI, J., *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, p. 13.

<sup>55</sup> Idem, pp. 20-1.

El próximo paso que toma abarca en exactamente donde debería de caer el juicio de la responsabilidad. Los partidarios de lo que Goti llama la tesis *irrelevantista*<sup>56</sup> plantean que es moralmente y jurídicamente injustificable castigar a una persona por acciones que queden fuera de su control. Malamud Goti, sin embargo, no parece considerar que esta idea tenga mucho mérito más allá del mundo de la filosofía moral, porque al no castigar a alguien por lo que pudiera quedar fuera de su control estamos limitando demasiado y de manera totalmente artificial el papel que puede jugar la suerte en la vida, y quitándole al individuo la responsabilidad por sus acciones de una forma un tanto paternalista<sup>57</sup>. La tesis racionalista, para ese autor, cae en una trampa utilitarista poco agradable a su sentido de la moral. Para él, al contrario, es perfectamente lógico juzgarle a una persona por las consecuencias de sus acciones en vez de juzgarlo por sus intenciones sin exculparlo a base de una suerte moral particularmente mala porque ha causado un daño particular, por resultado del cual una víctima sale lesionada<sup>58</sup>. En otras palabras, el acto de no juzgar al victimario por lo que quede fuera de su control deja sin compensación a la víctima, que, si hubiera sido preguntado, definitivamente habría elegido no ser la víctima del delito en cuestión. No deberíamos de eliminar la suerte del Derecho Penal precisamente porque ha de servir, en un caso ideal, como una herramienta importante a la hora de juzgarle al condenado y atribuir responsabilidad penal; se volverá a este punto más tarde de manera bastante mejor elaborada<sup>59</sup>. También, si la suerte fuera eliminada de la vida individual, además de no ser culpados por los acontecimientos fuera de nuestro control individual, también tendríamos que dejar de recibir beneficios o compensaciones de otro tipo por los casos donde los acontecimientos salgan particularmente bien a pesar de nuestra falta de control. Goti asume que sería difícil pedirle a la sociedad que hiciera este sacrificio<sup>60</sup>.

Posteriormente, plantea sus ideas sobre el castigo verdaderamente justo y la influencia de la suerte en el acto de castigar. Su teoría del castigo, si podemos llamarlo así, tiene dos ejes centrales. En primer lugar, el acto de condenar o castigar tiene que ver con la implementación de ciertos valores comunitarios, llamados por el autor como la moralidad ingenua o la moralidad

---

<sup>56</sup> Aquí se puede substituir la palabra racionalista sin perder el sentido original

<sup>57</sup> Idem, pp. 31-3.

<sup>58</sup> Idem, pp. 36-9.

<sup>59</sup> Idem, p. 61.

<sup>60</sup> Idem, p. 63.



comunitaria. En segundo lugar, está de acuerdo con la mayoría filosófica en que el acto de castigar también tiene que ser examinado de manera crítica en un sentido muy amplio; tenemos que juzgar los principios comunitarios con la razón y la crítica, y dichos principios comunitarios han de ser o universalmente aceptables o lo más cercano que se pueda llegar a ese estado de consenso<sup>61</sup>. El castigo ha de ser tan útil para la comunidad como lo es proporcionado al hecho material; la palabra proporcional también se utiliza en un sentido muy amplio, tomando en cuenta la proporcionalidad absoluta que se trata de la gravedad del delito en cuestión, y la proporcionalidad relativa que tiene que ver con las condenas de otras personas por un delito de naturaleza parecida.

Además, el castigo tiene que hacerse dentro de un equilibrio en dos sentidos; el equilibrio vertical se refiere al peso del castigo relativo a lo que reciben los demás, mientras que el equilibrio horizontal se refiere a la satisfacción de la víctima del delito en cuestión.

Para Malamud Goti, es bastante claro que el delincuente exitoso merece un castigo más grave que el delincuente frustrado. En primer lugar, sostiene que el sistema judicial simplemente no puede tomar en cuenta cada acontecimiento vital del delincuente en consideración, porque seguir este paso es lógicamente débil y poco práctico a la vez cuando el resultado de sus acciones sirve como un daño tangible a la sociedad en su conjunto; el énfasis en el resultado del caso en concreto también es muy relacionado a los valores culturales de la civilización occidental, y partir de esos valores de manera tan brusca crearía una actitud de mucho escepticismo hacia el sistema judicial por parte de las masas<sup>62</sup>. Para justificar esta idea, utiliza, entre otras cosas, su propio análisis del sentido del control tal y como ha sido interpretado en la sociedad moderno concluyendo por plantear que en verdad no tenemos control sobre muchas cosas que consideramos como las básicas de la vida, incluyendo los movimientos del propio cuerpo<sup>63</sup>. Retoma el punto de una manera más interesante según mi criterio personal, sosteniendo que las propias acciones físicas están frecuentemente fuera de nuestro control; lo único que verdaderamente queda bajo el control individual es la voluntad, y aún esa emoción tan difícil de

---

<sup>61</sup> Idem, pp. 66-74.

<sup>62</sup> Idem, pp. 83-91.

<sup>63</sup> Idem, pp. 98-102.

definir puede resultar fuertemente condicionada por la suerte del individuo en cuestión<sup>64</sup>. Tampoco es fácilmente realizable que un tercero analice el control (o la falta de control) ejercido por un delincuente en un proceso penal específico por resultado de la auto-referencia; la auto-referencia hace muy difícil determinar los estados mentales individuos con exactitud, así derrumbando la distinción entre la subjetividad y la objetividad por cuya existencia depende el control individual sobre los acontecimientos de su vida. Si nos cuesta distinguir entre lo subjetivo y lo objetivo, entre lo observado y lo que ha pasado, es ridículo, sostiene el autor, insistir que hemos de tener control cuando no se puede determinar con facilidad la naturaleza objetiva del control como fenómeno después de considerar todas las especies de suerte que pueden influir en una vida individual. Además, cita varios estudios empíricos para dar más peso a su idea que lo que percibimos como bajo nuestro control no es empíricamente verificable.

Por fin, propone unas ideas finales para reconciliar la condición de suerte individual con la necesidad social de castigar en los casos donde el individuo ha cometido algún daño, sea a terceros o sea a la sociedad en general. Como mencionó en un momento anterior, la suerte situacional de la víctima y la suerte situacional del victimario, para poner un ejemplo, han de coincidir para que el delito en cuestión se produzca en primer lugar<sup>65</sup>. Por esa razón entre otras, es esencial según Goti dejar que la suerte actúa en el campo de la filosofía moral y el Derecho Penal en general, porque si la intentamos eliminar a través de argumentos racionalistas, quedamos con un mundo donde tanto la moral como la suerte tienen que resignarse a operar bajo circunstancias muy limitadas; tal justificación moral del castigo no ha de ser ni universal ni universalizable, pero no debería de justificarse ningún castigo solamente con valores de un cierto cultura como base. También es necesario tomar en cuenta una posición cercana al sentido común cuando culpamos a las personas, especialmente en casos penales. Hace un análisis inspirado en la teoría distributiva rawlsiana para llegar a la conclusión de que el castigo individual tiene que ser mayor o menor directamente en proporción a los efectos de la suerte en el acto delictivo y en la vida del delincuente en general; una persona con una suerte terriblemente mala a quien le cueste

---

<sup>64</sup> Idem, pp. 118-136.

<sup>65</sup> Idem, pp. 179-187.

obedecer la ley, por ejemplo, debería recibir un castigo menor al castigo asignado a una persona sin este problema<sup>66</sup>.

Mientras estoy de acuerdo con Goti en términos de su metodología, encuentro su solución al problema de la suerte poco apetecible. Es claro, como admite el propio autor, que su filosofía de la suerte está basada, aunque no parece idéntica, al planteamiento de Nagel al respecto. La mayoría de los otros autores que han escrito sobre la suerte y el Derecho Penal ni siquiera parecen tomar la suerte constitutiva o la suerte situacional en serio; admito que estoy cometiendo este mismo error metodológico en este trabajo. Sin embargo, Goti parece plantear que por resultado de la existencia de tantísimas variedades de suerte entre otras razones, no deberíamos de intentar eliminarlas o mitigar sus efectos. Por prescribir a la tesis racionalista al respecto de la suerte, esta idea no me parece ni justo ni moral, y hay poco que puede hacer cualquier filósofo consecuencialista para convencerme de mi error. Para decirlo de una manera demasiado generalizada, Malamud Goti, junto con muchos otros consecuencialistas, plantean que la suerte es muy difícil de calcular, y que por esta razón hemos que dejar que actúe sin mitigar sus efectos. Sin embargo, una vez que haya sido condenado el delincuente en cuestión, el mismo autor nos plantea que hemos de investigar los efectos de la suerte (particularmente la suerte moral) en el caso concreto bajo examen. ¿Por qué hemos de dejar que actúe la suerte sin límites a la hora de atribuir responsabilidad penal, y a la vez intentar adivinar sus efectos difícilmente calculables con la intención de mitigarlos a la hora de poner una condena firme? No estoy convencido de la necesidad de dejar que actúe la suerte en unas circunstancias y no en otras.

Además, tengo una discrepancia seria con el concepto de proporcionalidad propuesto en esta obra. Sin embargo, admito que vengo de un contexto social y cultural bastante particular, y esta diferencia cultural fácilmente puede explicar la discrepancia. Francamente, creo que el papel de la víctima del delito en la cultura jurídica del mundo hispanohablante es más grande y más importante que sería lo necesario y lo saludable en una democracia. Incluso en mi propio país, los Estados Unidos, estamos padeciendo los efectos particularmente adversos de tomar en cuenta la víctima de manera exagerada en procesos penales. Por ejemplo, donde existe la pena capital y donde se impone dicha pena con cierta regularidad en casos de asesinatos particularmente atroces, hay varios casos en los cuales el testimonio de conocidos o familiares de la víctima han

---

<sup>66</sup> Idem, pp. 193.

tenido un efecto notable en convencer a un jurado de privarle al delincuente de su vida<sup>67</sup>. Viniendo de este contexto jurídico, me resulta muy difícil de aceptar que las opiniones de la víctima sean tomadas en cuenta de manera regular, después de ver los efectos extremadamente dañinos que tiene la toma en cuenta de las víctimas en los derechos de los acusados. En el mundo hispanohablante, al contrario, la víctima quizás tenga un papel algo mayor para jugar que en el sistema norteamericano, tomando en cuenta la larga historia de crímenes de estado y otros abusos masivos de la población en general. A pesar de este hecho, sin embargo, creo que como mucho, se debería considerar la posibilidad de tomar en cuenta las opiniones de las víctimas en casos de crímenes de estado y abusos verdaderamente atroces. El Derecho Civil existe para dar peso especial a las víctimas individuales y los daños específicos cometidos en contra de su calidad de vida; el Derecho Penal, al contrario, ha de ser utilizado para rectificar el daño que ha provocado el delincuente a la sociedad en general.

No discrepo con esta idea de Goti solamente por este aspecto de tomar en cuenta las opiniones de las víctimas. He comentado muchas veces que los argumentos consecuencialistas al respecto de la suerte no me convencen, porque no me parecen lo suficientemente conscientes del papel que juega la suerte en la vida y en el Derecho. Malamud Goti sí parece tomar consciencia de este problema, pero su solución de dejar el sistema penal tal y como está todavía parece dejar demasiado espacio para la actuación ilimitada de la suerte. Tomar en cuenta el papel de la víctima como requisito de la proporcionalidad solamente agrava este problema que ya está absolutamente fuera de control. Plantear que el delincuente ha de tomar responsabilidad por acontecimientos fuera de su control ya me parece difícil de aceptar; plantear además que la víctima debería de tener algo que decir con respecto al castigo intenta contra la distinción entre el propio Derecho Penal y el Derecho Civil, donde la víctima del delito en cuestión tiene un derecho de plantear su caso particular.

Para tomar el próximo paso, me parece útil analizar un planteamiento más bien retribucionista respecto del papel que ha de jugar el estado en el Derecho Penal; como se verá a continuación, la mayoría de los académicos que no creen que la falta de control personal sea de tal importancia como para tomarla en cuenta utilizan un argumento retribucionista basado en

---

<sup>67</sup> BURR, R. "Litigating with Victim Impact Testimony: The Serendipity that has Come from *Paine v. Tennessee*", *Cornell Law Review*, 2002, vol. 88, no. 1. pp. 517-529.

mayor o menor grado en la necesidad de establecer el equilibrio entre el daño causado por el delito en cuestión y la pena que ha de recibir el delincuente condenado. Mientras Davis en su artículo *Harm and Retribution* no hace ninguna mención de la suerte moral, sus argumentos retribucionistas implican que no haya ningún espacio dentro del cual la suerte debería de ser tomada en cuenta ni en la adjudicación de la culpabilidad del delincuente, ni en la condena dictada después de la terminación del juicio. En vez de analizar la suerte con la intención de eliminar sus efectos, Davis plantea que lo que verdaderamente debería de importar al penalista es establecer una proporcionalidad correcta entre el daño causado por el delincuente y la retribución infligida por el estado. Según Davis, la suerte representa un factor anecdótico no merecedor de ser tomado en cuenta<sup>68</sup>.

Me parece problemático este principio de proporcionalidad retributiva por dos razones distintas pero relacionadas a la vez. En primer lugar, cualquier visión moral que no tome en cuenta la suerte por lo menos como factor cuya presencia hay que medir parece padecer un problema de primer orden; parece francamente insustentable plantear que la suerte o no existe, o que existe solamente a nivel anecdótico después de pensar en el gran número de situaciones en las cuales la persona implicada no ejerce control ninguno sobre un resultado de importancia vital. La segunda objeción que tengo es más bien personal. El acto de hacer un cálculo aparentemente sencillo respecto al daño causado y la pena necesaria para rectificarlo parece negar la propia humanidad del delincuente de la manera más brusca que se puede imaginar. Es más: aunque aboga a favor de la necesidad de establecer el equilibrio entre daño y retribución, Davis tampoco hace el intento de describir el método verdaderamente justo de calcular tal equilibrio.

En uno de los artículos más concisos y mejor articulados a favor del racionalismo en el Derecho Penal, Steven Sverdlik argumenta que los filósofos consecuencialistas caen en varias trampas argumentativas que hacen insostenible su posición<sup>69</sup>. Empieza su artículo por preguntarse si un intento fallado de cometer un delito tendría que ser tratado de manera diferente a un crimen exitosamente consumado; en otras palabras, ¿el delincuente exitoso y la persona quien ha fallado en su intento de cometer un delito han de ser culpados de igual manera y en el

---

<sup>68</sup> DAVIS, M.. "Harm and Retribution", *Philosophy and Public Affairs*, 1986, vol. 15, no. 3, pp. 236-266.

<sup>69</sup> SVERDLIK, S., "Crime and Moral Luck", *American Philosophical Quarterly*, 1988, vol. 25, no. 1, pp. 79-86.

mismo grado<sup>70</sup>? Según su análisis, el racionalista tendría que argumentar que los dos casos han de ser tratados de manera idéntica. Mientras este argumento representa mi criterio personal con respecto a esta pregunta, no creo que sea un análisis acertado de la totalidad de las opiniones racionalistas más citadas. Para citar el ejemplo más conocido, aunque no intenta contestar la pregunta de Sverdlik de manera directa, la existencia del concepto de la pena del agente en el pensamiento de Williams parecería indicar que éste por lo menos tomaría en cuenta la distinción entre intento frustrado y crimen exitoso<sup>71</sup>. De todos modos, habrá que volver al debate con respecto al crimen exitosamente perpetrado y el crimen en grado de tentativa en un momento más fructífero.

El segundo argumento planteado utiliza un caso hipotético; si A intenta matar a B pero falla porque C se interpuso en la trayectoria de su bala, y bajo la asunción de que no exista ningún caso de identidad equivocada, Sverdlik sostiene que quien sea que desee eliminar los efectos de la suerte moral tendría que argumentar que A no merece el mismo grado de culpa por matar a C que hubiera merecido si su intento de matar a B hubiese llegado a una conclusión exitosa<sup>72</sup>. Sin embargo, el hecho de intentar matar a quien sea supone un estado mental merecedor de condena social y penal en cualquier sociedad del mundo. El hecho de que A no mató a su víctima no le exculpa del hecho de haber matado a una persona inocente, y de haber poseído la intención de matar en primera instancia. La falta de control que ha afectado los planes de A no debería de exculparle entonces por haber matado a una persona inocente, aunque no fuera la persona quien quisiera matar. Parece lógico presumir que A fue capaz de matar cuando uno analiza sus acciones, y por eso la falta de control que ha ejercido sobre las circunstancias exactas del asesinato parece tan pequeño y absurdo como para no ser tomada en cuenta a la hora de asignarle una condena merecida.

Por fin, Sverdlik presenta un caso en el que A dispara a B en el pecho con la intención de asesinarlo; B, sin embargo, queda mal herido y luego se muere por resultado de ser golpeado por

---

<sup>70</sup> Idem, pp. 79-81 especialmente p. 79.

<sup>71</sup> WILLIAMS, *Moral Luck: Philosophical Papers, 1973-1980*, ob. cit. p. 28. Aunque la descripción citada en esta nota no hace ninguna referencia específica al Derecho Penal, la existencia de algún sentido de culpa moralmente justificable por parte de un agente verdaderamente moral indicaría que Williams no vería la pregunta en términos tan claros si su obra hubiera, en algún momento, entrado en consideraciones de los efectos de sus pensamientos en el Derecho Penal.

<sup>72</sup> SVERDLIK, S., "Crime and Moral Luck", ob. cit., p. 81.

un relámpago desde el cielo. Entonces tenemos un caso donde el resultado intencionado (la muerte de B) fue producido, pero solamente por resultado de unas circunstancias fuera del control de A<sup>73</sup>. Sverdlik argumenta que el filósofo racionalista tiene dos opciones en relación a este caso; una posibilidad sería la de sostener que cualquier diferencia respecto de la forma en la cual resultó la muerte sea importante en la asignación de la culpa, mientras que los partidarios de una segunda opción han de recurrir a una especie de culpabilidad en sentido estricto. De acuerdo a la visión sverdlikiana del caso, la primera opción resulta extremadamente problemática por el hecho de que minimiza la importancia que debería de tener la muerte de una persona en cualquiera sociedad que respete la moral. La segunda opción sería decir que A es o responsable por la muerte de B, o responsable por el asesinato de B en grado de tentativa; esta segunda posibilidad le parece más fiel al discurso racionalista.

De acuerdo a mi criterio personal, no resulta absurdo en lo más mínimo sostener que A no sea responsable por la muerte de B en el caso recién analizado. Se puede llegar a esta conclusión por un breve análisis de los hechos; aunque nos pueda parecer una conclusión poco deseable, A no puede ser considerado como responsable por el asesinato de B porque la muerte de B no ocurre como resultado directo de las acciones de A; A no tiene ningún control sobre si un relámpago cae encima de un B mal herido, porque podemos presumir que A no tenga ningún poder sobrenatural. La segunda opción que presenta Sverdlik también parece viable desde el punto de vista lógico. Sin embargo, el hecho de que ambas opciones parezcan lógicas desde un punto de vista racionalista no necesariamente tiene que provocar ningún sentido de preocupación si el sistema penal bajo el cual operamos trata crímenes consumados y crímenes en grado de tentativa de manera idéntica. Volveré a este punto a continuación dentro de este capítulo.

También hay otras obras de corriente consecuencialista merecedoras de atención. *The Solution to the Problem of Outcome Luck* presenta uno de los argumentos consecuencialistas de forma novedosa y extremadamente problemática a la vez, y merece un análisis detenido por esa razón<sup>74</sup>. Levy intenta justificar la intuición consecuencialista de que el daño en sí es un problema tan importante como las intenciones del agente moral a través de una comparación entre la

---

<sup>73</sup> Idem, pp. 82-3.

<sup>74</sup> LEVY, K., "The Solution to the Problem of Outcome Luck: Why Harm is just as Punishable as the Wrongful Action that Causes it", *Law and Philosophy*, 2005, vol. 24, no. 3, pp. 263-303.

comisión de un delito y jugar a la ruleta<sup>75</sup>. Según su planteamiento del caso, existe una diferencia entre la culpa que puede llevar un delincuente y el castigo merecido, dependiendo del éxito de su intento delictivo; en otras palabras, mientras el delito en grado de tentativa y el delito exitosamente consumado merecen la misma desaprobación moral, la condena recibida por el delincuente exitoso necesariamente ha de ser más severa que la recibida por el delincuente frustrado por resultado del mayor daño causado en el primer caso<sup>76</sup>. Como consecuencia de intentar cometer un delito, el delincuente asume el riesgo de que su intento tenga éxito, y por esa razón, el crimen exitoso ha de ser tratado de manera muy distinta al mismo delito en grado de tentativa. El jugador asume el mismo riesgo en cualquier juego de casino. Es más: el delincuente (o en este caso el filósofo) que intente negar la validez de esta analogía entre el juego y la delincuencia con un argumento racionalista se pone en una situación aproximadamente equiparable a una persona que, después de perder diez mil dólares jugando el blackjack, dice que no sabía las reglas del juego y por resultado de su ignorancia no debería de tener que dejar el dinero justamente perdido en la mesa de cartas. A pesar de que esta analogía pueda parecer convincente, un análisis detenido de sus premisas revela la debilidad del razonamiento empleado. No se puede negar que el jugador que entra en un casino sea responsable por sus pérdidas en el caso que pierda, y tampoco discuto la idea de que la ignorancia respecto de las reglas del juego no sea una excusa válida a la hora de entregar el dinero al casino en el caso del jugador. El punto donde sí tengo una discrepancia con Levy es a la hora de llevar este razonamiento al campo del Derecho Penal. Mientras que el jugador necesariamente sabe las reglas del juego que intenta ganar, no se puede decir lo mismo en el caso del delincuente, por lo menos en la inmensa mayoría de los casos. Es verdad que el delincuente asume cierto riesgo de que su deseo de cometer un crimen sea consumado de manera exitosa, pero mientras que en la inmensa mayoría de los juegos el riesgo asumido por el jugador puede ser calculado con una precisión matemática, la evidencia empírica respecto del Derecho Penal parece indicar que la sociedad en general desconoce la naturaleza exacta del riesgo que corre el delincuente a la hora de intentar cometer un delito<sup>77</sup>. Esta falta de conocimiento indicaría que la analogía entre el juego de casino y el

---

<sup>75</sup> Idem, pp. 265-6, 272, y 285-287.

<sup>76</sup> Idem, pp. 274 y 278.

<sup>77</sup> ROBINSON, P.H. y KURZBAN, R. O. "Concordance and Conflict in Intuitions of Justice", *Scholarship at Penn Law*, 2007, vol. paper 128. pp. 1-80. A través de una encuesta involucrando a personas con altos niveles de



Derecho Penal no es tan fácilmente aceptable como pudiera parecer a primera vista. Si es así, se puede decir lo mismo de los argumentos consecuencialistas utilizados en el artículo. Mientras que parecen convincentes, es difícil implementarlos con la precisión necesaria como para permitirnos confiar ni de su proporcionalidad a la hora de provocar el dolor tan frecuentemente empleado en el Derecho Penal, ni de su naturaleza justa.

En otra obra racionalista, Kessler habla de la necesidad de remover la suerte en todas sus facetas desde el Derecho en su conjunto; lo que encuentro particularmente interesante en su artículo es que apenas hace mención del concepto de la suerte moral, pero, sin embargo, llega a una conclusión con impecables credenciales racionalistas. Empieza su argumento por notar que los tribunales norteamericanos tienen una tendencia de permitir a la suerte un papel muy activo en la determinación de la culpa o de la inocencia; desde un punto de vista estrictamente doctrinal, también existe cierta tendencia hacia el consecuencialismo<sup>78</sup>. Tal prejuicio consecuencialista viene desde la idea de que, tanto en la moral como en el Derecho común británico y norteamericanos, el daño y el mal tienen un significado independiente de las intenciones del actor. La manera más frecuente de establecer la causa de, y así la culpa por el delito en el sistema norteamericano es determinar la causa inmediata del acontecimiento. Kessler plantea que esa determinación tiende a proporcionar un papel exagerado a la suerte, por lo menos en lo que se refiere al Derecho Penal. Según un ejemplo que proporciona, una conductora negligente puede fácilmente resultar declarada culpable por homicidio negligente si se choca con un camión, pero sería muy poco común que resultara declarada culpable si hubiese chocado con un avión en plena carretera; mientras un choque entre un auto y un camión puede pasar en cualquier momento, los tribunales generalmente intentan eliminar a la suerte o el azar por dejar de considerar la negligencia de la conductora cuando se choca con un avión, aunque el segundo caso puede resultar mucho más dañina a la vida humana que el primero. La asunción en el segundo caso es que el acto de chocar con un avión es tan fuera de lo imaginable que la conductora debería de ser exculpada por el daño que causa simplemente por la naturaleza

---

formación en varios estados norteamericanos, los autores demuestran de manera empírica que la inmensa mayoría de los sujetos desconocen sus obligaciones jurídicas en casos penales hipotéticos. La temática de tales casos incluye el deber de socorro, el uso correcto de la fuerza letal como manera de autodefensa, y los derechos de la víctima en crímenes contra la propiedad privada.

<sup>78</sup> KESSLER, K.D. "The Role of Luck in the Criminal Law", *University of Pennsylvania Law Review*, 1994, vol. 142, no. 1. pp. 2183-2237. Especialmente páginas 2183-4.

extremadamente rara del acontecimiento. Kessler plantea que, a pesar de su intento de racionalizar la prueba de la causa inmediata, la supuesta racionalización depende más todavía en la suerte que sería el caso si la racionalización no existiera; deberíamos de culpar de igual manera a la conductora negligente que se choca con un auto y la que se choca con un avión<sup>79</sup>.

También existe una segunda contradicción en el discurso del Derecho común en lo que se refiere a la suerte. Para que una persona sea declarada culpable por un delito en la inmensa mayoría de los casos, el sistema penal norteamericano exige pruebas a favor del *actus reus* y el *mens rea* del delincuente en cuestión. Sin embargo, la determinación de la causa del delito (especialmente la causa inmediata) permite que la suerte vuelva a entrar en el sistema penal. En los casos donde la causa inmediata de un acto delictivo no puede ser determinada, el sistema norteamericano ha establecido varias otras pruebas, la mayoría de las cuales intentan establecer si el impacto del presunto evento delictivo tuvo el impacto necesario como para causar el daño actualmente causado; una descripción adecuada de tales pruebas ocuparía varias páginas y por eso no será llevada a cabo en este momento. Sin embargo, Kessler cree que todas las pruebas pensadas hasta el momento ponen demasiado énfasis en las pruebas contra fáctica y las circunstancias antecedentes como para ser todas muy en serio si uno verdaderamente desea eliminar la suerte del Derecho Penal<sup>80</sup>.

En tercer lugar, la doctrina de la intención transferida “*transferred intent*”, diría que, por ejemplo, si A intenta matar a B pero mata a C por resultado de un soplo de viento que cambia la trayectoria del disparo, A debería de ser condenada por el asesinato de C en vez de condenarla por el asesinato en grado de tentativa de A. Kessler critica esa doctrina con una dureza raras veces vista en revistas de Derecho norteamericanas, planteando explícitamente que los tribunales han dejado que una ficción jurídica les resuelva el problema de encontrar culpables por acontecimientos no previstos por el poder legislativo. Según ella, los tribunales en su conjunto se pasan de las líneas constitucionalmente marcadas de manera grave e intencionada, cuando es precisamente el poder legislativo que debería de asumir la responsabilidad de rellenar la laguna creada en casos de intención transferida. Es más: como sobresaltar las pautas constitucionalmente marcadas no fuera una acusación lo suficientemente grave, Kessler

---

<sup>79</sup> Idem, pp. 2184-8.

<sup>80</sup> Idem, pp. 2197-2204.

argumenta que esta ficción legal tiene resultados muy dañinas en el sistema judicial en su conjunto, por dejar que la culpa o la inocencia de una persona descansa en una ficción legal.<sup>81</sup>

En pocas palabras, la autora está muy escéptica a la hora de asignar el valor más mínimo a factores que no tengan que ver ni con el *actus reus* ni con el *mens rea* del presunto delincuente a la hora de determinar la culpa o la inocencia<sup>82</sup>. Determinaciones de causa deberían ser dejadas por un lado en la justicia penal, siendo la justicia civil la que se adecúa más a los reclamos por una justicia más bien correctiva<sup>83</sup>. Para concluir su artículo, Kessler comenta que existen varias maneras de eliminar la suerte del sistema penal tales como la equiparación del crimen consumado y el crimen en grado de tentativa, y culpar a un delincuente por la creación del riesgo de que ocurra cierto evento delictivo en vez de culparle por el evento delictivo en sí; cualquiera de las opciones puede resultar problemático desde un punto de vista filosófico en concreto, pero Kessler cree que las ventajas morales de eliminar la suerte sobrepasan a las desventajas que puedan surgir en el futuro<sup>84</sup>.

En líneas generales, estoy de acuerdo con las propuestas de Kessler para eliminar la suerte del Derecho Penal. Sin embargo, reformas específicas serán discutidas en otro momento, para que podamos ahora centrarnos en un debate que ha sido mencionado varias veces pero en el cual no he elegido entrar, el debate sobre si hay que equiparar la pena normalmente asignada a delitos en grado de tentativa con la asignada a delitos consumados de manera exitosa.

## **2.2: ¿El delito en grado de tentativa es igual al delito consumado?. El debate.**

La relación entre el análisis filosófico de la suerte moral y el debate en cuanto a delitos consumados versus intentados ha sido abordada desde varias perspectivas desde el origen de la

---

<sup>81</sup> Idem, pp. 2206-11.

<sup>82</sup> Idem, pp. 2204-6.

<sup>83</sup> Idem, pp. 2222-3.

<sup>84</sup> Idem, pp. 2227-31 y 2234-7.

suerte moral como término en los círculos filosóficos. Es fácil extender la ilusión hecha por Williams sobre los dos conductores negligentes con suertes radicalmente diferentes a los intentados delictivos. Por definición, un conductor negligente que no ha atropellado con nadie y un delincuente cuyo intento delictivo ha conocido el fracaso son personajes muy parecidos a los ojos de la moral dominante social. Ambos han actuado de una manera arriesgada, donde sus acciones perfectamente pudieran haber causado un daño muy grave a otras personas. En su artículo, Wolf hace el punto de una manera particularmente elocuente<sup>85</sup>. Los filósofos racionalistas y los abogados del mismo lado del debate prefieren equiparar la pena entre el delito consumado y el delito en grado de tentativa, con el argumento que lo que le ha de importar a la justicia es el estado mental y las intenciones con las cuales fue cometido el delito en primer lugar. El lado consecuencialista argumenta que lo más importante son los resultados y los daños causados, la supuesta paradoja del control siendo falsa para muchos filósofos consecuencialistas. Ambos lados del debate serán analizados, junto con las opiniones de la mayoría de la sociedad en su conjunto recogidas de manera magistral por Robinson entre otros autores.

Según lo que he podido encontrar, Williams no hace ninguna mención de este debate ni en sus varias obras que se tratan de temas de la moral, ni en su famoso ensayo creador del término *Moral Luck*. Sin embargo, el concepto anteriormente mencionado de la pena del agente indica que la persona verdaderamente moral ha de sentir una pena respecto de los resultados no favorables de sus acciones, aunque dichos resultados queden fuera de su control<sup>86</sup>. En su artículo, Wolf cita una discusión entre Williams y ella en la cual Williams parecía aceptar la paradoja de la suerte moral. Aunque se dio cuenta de la existencia de una paradoja en las nociones morales de la sociedad, todavía cree que la persona que sufre una mala suerte moral de verdad merece un mayor grado de culpa que la persona cuya suerte moral ha sido algo mejor<sup>87</sup>. Aunque Nagel tampoco entra en la controversia de manera directa, encuentro su posición al respecto algo más ambiguo. En su tratamiento del camionero negligente y el asesino frustrado, nota que en primer lugar, la sociedad juzga a la persona de acuerdo de los resultados de sus acciones, y en segundo lugar, este juicio es compartido por el Derecho Penal, que toma en cuenta el resultado de la

---

<sup>85</sup> WOLF, S., "The Moral of Moral Luck", ob. cit., p. 25.

<sup>86</sup> WILLIAMS, B., *Moral Luck: Philosophical Papers, 1973-1980*, ob. cit., pp. 26-31 y especialmente 28-31.

<sup>87</sup> WOLF, S., "The Moral of Moral Luck", ob. cit. p. 2.

acción perpetrada en vez de la intención con la cual actuó el agente. Sin embargo, sostiene que mientras esta paradoja de la suerte moral puede resultar hasta conveniente en el mundo jurídico, desde el punto de vista moral resulta sumamente incoherente juzgarle a alguien por resultados de sus acciones cuando existe aún la posibilidad más mínima de que tales resultados estuviesen fuera de su control. Aunque no representa ninguna toma de postura al respecto, el hecho de que Nagel tomara el tiempo de analizar los efectos jurídicos de sus pensamientos filosóficos nos indica lo que pueden ser sus pensamientos verdaderos al respecto. Sin embargo, Nagel también parece plantear argumentos consecuencialistas cuando se afirma que lo que él llama el punto de vista externo (lo que yo llamo la posición consecuencialista) también tiene una lógica porque los eventos tienen efectos o favorables o dañinos en individuos y la persona realmente moral no puede simplemente utilizar la excusa de la suerte para dejar tales efectos por un lado sin ninguna reparación fáctica<sup>88</sup>.

Aunque se siente algo incómoda con la paradoja de la suerte moral, Wolf toma una postura bastante similar a la de Williams con respecto al caso de los dos conductores negligentes. Después de examinar la posición racionalista respecto al caso en cuestión, plantea que el conductor racionalista no se sentiría ninguna culpa por haber matado al niño en la carretera si los frenos de su auto estuvieran en condiciones ideales; entonces, tal y como la interpreta Wolf, la posición racionalista no resulta lo suficientemente preocupada con el daño infligido en las personas inocentes<sup>89</sup>. Sin embargo parece discreparse con Williams a la hora de transferir su análisis al concepto de la pena del agente. Aunque encuentra lógica la existencia de la pena del agente como posición virtuosa desde un punto de vista verdaderamente moral, plantea que una mala suerte moral más una pena del agente lo debidamente fuerte no necesariamente son equiparables con merecer ser culpado por acciones dañinas<sup>90</sup>. A la hora de mojarse en el debate estrictamente jurídico, Wolf toma una posición ambigua. Admite que el argumento que hace en cuanto a la culpa merecida por los conductores negligentes no necesariamente es equiparable a la diferencia entre asesinato y asesinato en grado de tentativa, por resultado del hecho de que ambos delitos poseen una gravedad especial por involucrar la terminación (o un intento de

---

<sup>88</sup> Idem, pp. 6-9.

<sup>89</sup> WOLF, S., "The Moral of Moral Luck", ob. cit. pp. 8-17 y especialmente pp. 15-6.

<sup>90</sup> Idem, pp. 20-1 y 23.

terminar) una vida humana<sup>91</sup>. Más allá de este planteamiento poco innovador, sin embargo, no hace ningún intento de plantear como el mundo jurídico puede incorporar sus puntos de vista filosóficos para mejorar las condiciones de los sistemas de justicia.

En su artículo, Zimmerman tampoco entra en el debate con respecto a los delitos, pero nos plantea una indicación de la postura jurídica que tomaría si fuera obligado a tomar una posición o la otra. Niega la existencia de la suerte moral, porque para él, la vertiente más radical de la suerte moral (la única que encuentra coherente en su lógica interna) nos exculpa de la responsabilidad por todas nuestras acciones porque según tal interpretación, no tenemos control sobre absolutamente nada en nuestras vidas<sup>92</sup>. La conclusión general de su obra es que no deberíamos culpar a las personas por actos fuera de su control, pero tampoco deberíamos dejar de culparlos de manera contingente y vigorosa si sus acciones moralmente cuestionables no producen ningún daño<sup>93</sup>. Entonces, si tuviera que tomar una posición en el debate jurídico, parece que tomaría una posición estrictamente racionalista, igualando la pena entre los delitos en grado de tentativa con la que asignamos a los delitos consumados. Aunque el autor no lo plantea, quizás sería necesario llevar su conclusión filosófica aún más lejos a la hora de incorporarla en el Derecho. Quizás, por lo menos desde el racionalismo estricto que parece favorecer, resulte necesario culparles a las personas por la mera creación del riesgo de daños en vez de tener un debate al respecto de si la gravedad de los daños debería o no de ser tomada en cuenta. Dicha postura estaría parecida al argumento explícitamente planteado por Slote<sup>94</sup>.

Quizás se encuentre el punto de vista menos ambiguo, y más radicalmente consecuencialista en el planteamiento de Judith Jarvis Thomson. Por ello, merece un análisis algo más detallado que el que ha recibido las otras obras<sup>95</sup>. Jarvis Thomson empieza por describir lo que se llama la tesis racionalista débil y la tesis racionalista fuerte, ambas tesis siendo implicadas en el artículo *Moral Luck* de Nagel. La tesis racionalista fuerte sostendría

---

<sup>91</sup> Idem, pp. 24. Nota IV.

<sup>92</sup> ZIMMERMAN, M.J., “The Solution to the Problem of Moral Luck”, ob. cit., p. 19.

<sup>93</sup> Véase la nota 36 de esta investigación.

<sup>94</sup> Véase la nota 37 de esta investigación.

<sup>95</sup> Por razones de claridad, he elegido no utilizar la terminología utilizada por Jarvis Thomson en su obra. Lo que ella llama “la tesis determinista” (*the determinist thesis*) en varios puntos de su obra es idéntica a lo que he elegido llamar la posición racionalista. Si lo desea el lector, puede substituir la terminología que utilizo por lo elegido por Jarvis Thomson sin alterar el significado en lo más mínimo.

simplemente que no se puede culpar a nadie por ninguna de sus acciones porque siempre se podrá encontrar algún aspecto de ellas que queda fuera de su control y, por resultado, donde entrará la paradoja de la suerte moral. La tesis débil, a la cual Thomson presta mayor atención solamente se refiere a los efectos del carácter individual en sus actos, lo que Nagel llama la suerte constitutiva; de acuerdo a la tesis débil, la intención de la acción en cuestión es lo que debería importar, y no los daños causados<sup>96</sup>. Niega a considerar la tesis fuerte por su inherente impracticabilidad, y no acepta la tesis débil porque hacerlo sería eliminar de nuestro cálculo moral a favor de la importancia de la responsabilidad adquirido desde Kant en adelante. Entrando en el ámbito estrictamente legal, no cree que la suerte moral presente ninguna paradoja; al contrario, el delincuente que la emplease en su defensa simplemente intenta evitar tomar la responsabilidad merecida por el mero hecho de no controlar todas y cada una de las consecuencias de una acción dañina. Entonces tenemos que aceptar los resultados de nuestras acciones, nos gusten o no, porque somos nosotros quien las hemos cometido<sup>97</sup>. Aunque no lo dice de manera explícita, negar la responsabilidad individual parece acercarse a negar el concepto kantiano de la agencia moral. Lo que sí plantea explícitamente es que no hay que hacer ningún cambio en nuestros Códigos Penales y ordenamientos jurídicos que intente minimizar los efectos de la suerte moral, porque hacerlo sería negar nuestros deberes morales colectivos hacia las otras personas y hacia la preservación de la responsabilidad individual.

En quizás su obra más importante, Jarvis Thomson intenta plantear el fundamento filosófico de la existencia de los derechos jurídicos subjetivos; mientras en su inmensa mayoría no abarca el tema de la suerte, hay pasajes donde sí lo hace, y varios planteamientos merecedores de atención<sup>98</sup>. En primer lugar, toma una postura liberal y positivista con respecto a la existencia de los derechos, inspirada como ella misma admite en las obras relacionadas a la Teoría del Derecho escritas por H.L.A. Hart de acuerdo a la cual la existencia de un derecho surge de reclamos individuales contra las restricciones impuestas en su libertad, sea por el estado o por

---

<sup>96</sup> Por una descripción más detallada de la tesis fuerte, la tesis débil y sus respectivas consecuencias, véase JARVIS THOMSON, J., "Morality and Bad Luck", ob. cit., pp. 204-7. Quiere ver en más detalle los comentarios de la propia autora respecto de la relación entre la tesis débil y la culpa como noción moral, véase pp. 208-211.

<sup>97</sup> Idem, pp. 212-214.

<sup>98</sup> JARVIS THOMSON, J., *The Realm of Rights* Cambridge, Ma., Harvard University Press: 1990. En este libro, Jarvis Thomson utiliza el término *claims* de manera repetida. No existe una traducción española de este libro que conozco, entonces he decidido emplear mi propia traducción del término, "reclamos" de aquí en adelante.

otras personas. La importancia proporcionada a cada derecho por el sistema jurídico ha de ser, en un mundo ideal, directamente proporcional con la fuerza con la cual tal derecho se ve reclamado<sup>99</sup>. De acuerdo con casi la totalidad de la filosofía occidental, por lo tanto, el reclamo más fuerte que puede hacer un individuo es el reclamo contra su propia muerte violenta o indebida; cualquier otro reclamo ha de caerse derrotado frente al reclamo del derecho a la vida<sup>100</sup>. Por resultado de vivir en una sociedad que emplea al Derecho como institución, hemos de actuar de manera diferente a la manera utilizada en el hipotético estado de la naturaleza, así arriesgando incluso la posibilidad de perder el derecho a defender nuestros reclamos anteriormente justificadas y moralmente justificables antes de la llegada del Derecho a nuestras vidas<sup>101</sup>.

La suerte moral también aparece en varios momentos; después de describir la aparente paradoja de la suerte moral, sugiere que, especialmente cuando se trata de un caso trágico, hemos de recurrirnos al azar para resolver la paradoja ocasionada<sup>102</sup>. Sin embargo, se muestra en profundo desacuerdo con esta idea porque, según su análisis, cualquier sociedad que recurra al azar para resolver tal paradoja hace una burla del principio de la seguridad jurídica.

Según la propia autora, existe una relación íntima entre el planteamiento de Thomson acerca de la filosofía respecto de los derechos en general y el fundamento del Derecho Penal. Mientras que en el Derecho Civil hay que indemnizarle al parte perjudicado en una demanda, el Derecho Penal insiste en la determinación de la culpa; para decirlo de otra manera, mientras que en el Derecho Civil se preocupa por el daño causado, en el Derecho Penal la preocupación se centra en la violación de los derechos de la sociedad de vivir con seguridad y con proporcionarle al victimario un dolor adecuado por el daño causado<sup>103</sup>. Como ella misma admite, el Derecho Penal, fundamentado como es en la determinación de la culpa se ve enfrentado con un serio problema de legitimidad si uno acepta una posición racionalista con respecto a la suerte moral y la falta de control individual sobre los actos delictivos<sup>104</sup>. Intenta eludir la falta de legitimidad

---

<sup>99</sup> JARVIS THOMSON, J., *The Realm of Rights*, ob. cit. pp. 70-1.

<sup>100</sup> Idem, p. 159.

<sup>101</sup> Idem, pp. 109-110.

<sup>102</sup> Idem, pp. 158-160.

<sup>103</sup> Idem, pp. 102-103.

<sup>104</sup> Idem, pp. 229-243.



recién encubierta a través de un planteamiento filosófico según el cual una persona que desea eludir la culpabilidad penal debería procurar que sus acciones no provoquen daño, y en algunos casos que no provoquen ni siquiera un riesgo lo suficientemente alto de que ocurra una violación de los derechos de otras personas. Para Jarvis Thomson, la posibilidad de que una persona no tenga control sobre los daños producidos por sus acciones no merece ser admitida a discusión porque esta posibilidad solamente existe en casos muy aislados.

Encuentro una contradicción interna grave en su discurso respecto de la naturaleza causal de la acción, y por extensión con el punto de vista consecuencialista referente al Derecho Penal en general. Primero, decir que una persona ha de pagar por un acontecimiento fuera de su control no elimina los efectos dañinos de la suerte; simplemente los trasfiere a la persona con una mala suerte moral; por sufrir la mala suerte de no poder controlar los efectos de sus actos, hay que sufrir una mala suerte más grave y adicional de ser condenado a prisión si la falta de control ejercido fue lo suficientemente grave como para causar un daño a los derechos de terceros. A mi juicio, argumentar que lo que debería de importar en el Derecho Penal es la determinación de la culpa a través de una asignación de responsabilidad causal por un dado evento delictivo, y luego plantear que en algunos casos la causa del evento delictivo no ha de ser determinada con exactitud por su naturaleza poco probable e incontrolable representa un argumento fundamentado más en la conveniencia que otra cosa. En segundo lugar, Si el Derecho Penal adquiere su legitimidad a través de una determinación de la culpa, y si hay que comprobar la existencia de culpabilidad por resultado de la asignación de responsabilidad, tiene que existir una causa concreta por cada evento delictivo si la responsabilidad y la culpa pueden ser asignadas en primer lugar. De no ser así, tenemos un Derecho Penal que se legitima a través de la fuerza estatal en los casos donde el Derecho padece fallos lógicos, una situación que nos devuelve al mismo Derecho del más fuerte que el estado moderno fue constituido para evitar.

Los argumentos filosóficos sobre como la suerte moral debe de ser plasmado en el Derecho Penal son ambiguos en el mejor de los casos, y descaradamente consecuencialistas en los otros. Como sabrá el lector después de leer las páginas anteriores, no encuentro el consecuencialismo particularmente convincente como planteamiento filosófico. Los argumentos consecuencialistas parecen fundamentados en un deseo de preservar un paradigma moral dentro del cual existe la importante paradoja de la suerte moral, paradoja que, desde mi criterio

personal, no han podido resolver. Es más: cualquier debate entre el consecuencialismo y el racionalismo a mí me parece condenado al empate antes de comenzar. El lector recordará que he criticado con cierta dureza casi todos los planteamientos consecuencialistas por no proporcionar una atención lo suficientemente marcada en la falta de control individual. Los consecuencialistas hacen una crítica parecida a los planteamientos racionalistas, alegando que el racionalismo no presta una atención suficiente a los daños causados, sean controlables o no, por el agente moral cuyas acciones han resultado de alguna manera dañinas. Mientras he hecho un intento modesto y mal articulado de derrotar la comparación consecuencialista entre la falta de control ejercido en el delito y los juegos de casino, no he podido hacer más que marcar la diferencia de opinión que tengo con los argumentos de Jarvis Thomson, planteando que esa filósofa ponen el riesgo de daño por encima de la autonomía personal. Mientras los consecuencialistas critican a los argumentos racionalistas por no prestar atención suficiente a los daños causados, tampoco han parecido capaces de derrotar la paradoja de la suerte moral de manera convincente.

Después de esta pequeña digresión, hay que centrar la atención en el debate sobre los delitos en grado de tentativa. En una obra consecuencialista bastante articuladora de la posición filosófica respecto a los delitos en grado de tentativa, Bittner mantiene que no hay que equiparar las penas proporcionadas a delincuentes quienes no han tenido éxito en el intento delictivo con ellos que sí lo han tenido<sup>105</sup>. Sostiene en el primer lugar que el Derecho norteamericano está entrando en un proceso de enfocarse más en la intención con la cual fue cometido el delito en cuestión, en vez de mantener la postura tradicional de dar mayor peso a los daños provocados en el acto delictivo. Esta nueva tendencia resulta profundamente equivocada, precisamente porque el resultado final tendrá que ser la equiparación del delito en grado de tentativa con el delito consumado de manera exitosa<sup>106</sup>. Tampoco admite la injusticia de la paradoja ocasionada por la suerte moral. Según él, si hay que tomar el racionalismo verdaderamente en serio, la suerte moral eliminaría la culpa de los delincuentes por cualquier acción realizada, y no solamente por los delitos cometidos, porque en un mundo gobernado por la suerte moral nadie tiene control sobre absolutamente nada<sup>107</sup>. Es más: el ordenamiento jurídico y la moral son dos conceptos distintos que no deberían de ser

---

<sup>105</sup> BITTNER, T., "Punishment for Criminal Attempts: A Legal Perspective", *The Canadian Journal of Philosophy*, 2008, vol. 38, no. 1, pp. 51.

<sup>106</sup> Idem, pp. 51-3.

<sup>107</sup> Idem, p. 54 y más específicamente, 64-7.

mezclados<sup>108</sup>. El argumento racionalista de acuerdo a su interpretación plantea que no hay ninguna diferencia moral entre las personas quienes han fallado en su intento delictivo y las que han tenido éxito, razón por la cual los delitos en grado de tentativa han de recibir el mismo castigo que reciben los delitos consumados.

Bittner encuentra tres inconsistencias lógicas en la argumentación racionalista. En primer lugar, el delito en grado de tentativa y el delito consumado tienen efectos muy distintos; en una tentativa de asesinato, por ejemplo, es altamente posible que la víctima salga totalmente ilesa, mientras que el resultado es bastante diferente si el mismo intento tiene éxito. Segundo, en muchas jurisdicciones penales, los respectivos procesos de prueba son muy diferentes; el delito en grado de tentativa es más fácil de comprobar ante un jurado, porque por lo general requiere menos pasos por parte del delincuente que el delito consumado. Tercero, es raro que la víctima solamente escape por resultado de la suerte; en la inmensa mayoría de los casos, el delincuente cuyo intento se ve frustrado ha cometido algún que otro despiste no explicable simplemente por la paradoja de la suerte moral. Según el autor, hay que ir caso por caso, mirando los variables influyentes en el transcurso de cada delito de manera individual, porque la equiparación de todos los delitos en grado de tentativa con todos los delitos consumados al nombre de eliminar la paradoja de la suerte moral resuelve solamente un problema mientras puede crear varias otras inconsistencias en el ejercicio de la fuerza estatal a través del Derecho Penal.

Para concluir su discurso, plantea que la suerte es algo con la cual tenemos que vivir si valoramos el estado de Derecho tal y como está construido en el presente. El estado de derecho fue creado para respetar la autonomía individual, y para proporcionar un sistema jurídico con reglas generales y fácilmente aplicables en la mayoría de los casos. Tomar en cuenta los efectos de la suerte en todos los casos en los cuales nos vemos enfrentados con ella significaría una menor seguridad jurídica para todos, porque estaríamos a la merced de nuestra suerte, y de la interpretación quizás equivocada de nuestra suerte por los jueces, los abogados, y los jurados en casos penales<sup>109</sup>. Para justificar este argumento, hace una propuesta filosófica interesante. Propone que tanto los racionalistas como los consecuencialistas están equivocados en su manera de ver el mundo, porque ningún lado del debate filosófico considera al individuo como agente

---

<sup>108</sup> Idem, pp. 56-60.

<sup>109</sup> Idem, pp. 59-61, 64, y 72.

moral situado en el contexto de su mundo particular. Hay una diferencia entre la mala suerte y la negligencia, y Bittner plantea que la inmensa mayoría de lo que llamamos casos de mala suerte son en verdad casos de negligencia, donde deberíamos de haber previsto los efectos negativos de nuestras acciones y no lo hicimos, precisamente por tener un punto de vista centrado en nosotros mismos como agentes morales, en vez de centrarlo en nuestro contexto y en las personas a nuestro alrededor.

En contraste con la opinión de Bittner, Lawrence Becker mantiene un planteamiento racionalista, argumentando que, por lo menos en una inmensa mayoría de los casos, el delito consumado y el delito en grado de tentativa merecen un castigo idéntico por parte del estado<sup>110</sup>. Propone tres argumentos consecuencialistas en contra de la equiparación de los delitos en grado de tentativa con los consumados; los argumentos son parecidos pero no idénticos a los ya empleados por Bittner. Primero, es imposible disuadir a un delincuente no intentar un crimen; segundo, existe una tendencia histórica contra la igualdad de castigos entre delitos en grado de tentativa y delitos consumados por resultado de una percepción de que el delito en grado de tentativa carece de un elemento básico de criminalidad; tercero, el daño cometido en un delito en grado de tentativa es menor que en un delito exitoso<sup>111</sup>. El primer argumento no recibe una respuesta, pero a mi modo de ver tampoco parece especialmente digno de respuesta ninguna. Si una persona ya está convencida de que es imposible disuadirle a un posible delincuente de cometer su delito, no hay ni argumentación ni lógica que resista cuando se trata de un prejuicio ya plasmado en la mayoría de la sociedad. El segundo argumento consecuencialista se ve fácilmente derrotado cuando analizamos las razones históricas por las cuales fue creado el Derecho Penal como institución separado al Derecho Civil. Una de las doctrinas inspiradoras del Derecho Penal en general y el Derecho común en particular es la llamada *doctrine of criminal wrong* “la doctrina del daños criminales”<sup>112</sup>. Bajo esta distinción, un delito penal afecta a la sociedad y el estado en su conjunto, mientras que el Derecho Civil afecta solamente un individuo o en el peor caso a un grupo de individuos en concreto. Becker refuta esta doctrina por plantear el hecho de que cuando una persona se muere por resultado de una negligencia civil, se

---

<sup>110</sup> BECKER, L.C. “Criminal Attempt and the Theory of the Law of Crimes”, *Philosophy and Public Affairs*, 1974, vol. 3, no. 3, pp. 262-294, especialmente p. 262.

<sup>111</sup> Idem, pp. 265-267.

<sup>112</sup> La traducción es mía.

muere de una manera tan terrible (sino más desagradable en algunos casos) que una persona asesinada, y si el caso de verdad es así, la muerte horrible de una persona en un caso civil debería de tener el mismo efecto en la sociedad en su conjunto que cualquier asesinato<sup>113</sup>. Sin embargo, la doctrina de los daños criminales se olvida de su propia lógica cuando castiga el delito consumado más gravemente que el delito en grado de tentativa, por enfocarse en lo que le ha pasado en un individuo en el caso del grado consumado, mientras que el Derecho Penal debería enfocarse en sacar el peligro de la delincuencia de la sociedad en vez de remediar los efectos que puedan tener un dado delito en un individuo; el Derecho Civil, y no el Derecho Penal, tiene este propósito<sup>114</sup>. Si castigáramos todos los delitos según qué efectos tuviesen en el individuo en concreto, habría que castigarles más duramente a los asesinatos de personas famosas, políticos, periodistas, o la gente que pertenece a otras categorías sociales específicas. Casi más importante que el argumento anterior, el delito en grado de tentativa y el delito consumado son perpetrados por personas con características peligrosas para la sociedad en su conjunto; la posición racionalista abogada por Becker entre otros autores comenta que son esas características peligrosas en vez del daño de la acción que han de ser suprimidas por el Derecho Penal. Por fin, el argumento sobre la percibida falta de criminalidad en los delitos en grado de tentativa se ve frustrado si uno analiza la diferencia entre el asesinato y el homicidio con vehículo; ambos delitos resulten en la muerte de una persona, pero el propio Derecho Penal utiliza la intención del delincuente para hacer la distinción entre los respectivos castigos proporcionados. Después de proponer varias reformas al Derecho Penal que lo situarían más en línea con sus propias creencias filosóficas, Becker plantea que también habría que tomar en cuenta la mala suerte moral a la hora de castigar; una persona cuyas acciones son lo suficientemente influidas por el derecho moral debería de recibir un castigo menor a la persona quien no ha padecido esta condición, porque la mala suerte moral refleja una falta de intencionalidad en la comisión del delito en cuestión<sup>115</sup>.

Desde un planteamiento racionalista, Sanford Kadish también tiene algo interesante que decir respecto del debate sobre los delitos en grado de tentativa, y también con respecto a la

---

<sup>113</sup> Idem, p. 269.

<sup>114</sup> Idem, p. 271-277.

<sup>115</sup> Idem, pp. 292-293.

doctrina de daños criminales. En su artículo *The Criminal Law and the Luck of the Draw*, Kadish propone que la doctrina de los daños criminales ha de ser repensada de forma dramática, o lo que sería mejor todavía según él, eliminada de la discusión académica sobre el Derecho Penal. Para cumplir este propósito, según el propio autor hay que justificar dos planteamientos de manera convincente. Primero hay que justificar que la doctrina no tenga efectos disuasorios lo suficientemente importantes para reducir la cantidad de delitos cometidos. Segundo, queda por justificar que la doctrina no cumpla ninguno de los propósitos básicos de la justicia. Cita varias pruebas empíricas que indican que la doctrina de daños criminales no tiene efectos disuasorios muy importantes en el sistema penal norteamericano para cumplir el primer paso de su argumentación, planteando que lo que sí tendría esos efectos sería la equiparación de los castigos asignados a los delitos en grado de tentativa con los delitos consumados; para cumplir el segundo, menciona la paradoja de la suerte moral como un principio básico de la filosofía moral en contra de tal doctrina. También cita varios otros ejemplos donde el consecuencialismo ha permitido la entrada indebida de la suerte moral en el Derecho. El llamado *lesser harm doctrine* “la doctrina del mal menor”<sup>116</sup>, si una persona comete un delito y si en algún momento posterior la situación de la víctima se agrava, el delincuente recibe el castigo más duro posible. En el ejemplo proporcionado por el propio autor, si un cazador va de cacería fuera del plazo del año designado, y si en su intento de matar un ciervo accidentalmente mata a un ser humano, se encuentra condenado por asesinato en vez de por cazar fuera del plazo establecido. Mientras este ejemplo puede parecer tener bastante poco que ver con el debate en el cual nos encontramos, Kadish mantiene que tiene una importancia capital al respecto, porque representa otra instancia en la cual el Derecho introduce la suerte de manera deliberada para rectificar daños sobre los cuales el Derecho Penal no se tiene que preocupar<sup>117</sup>.

Otro argumento interesante desde un planteamiento que mejor puedo describir como el consecuencialismo moderado viene de Michael Davis en su artículo *Harm and Retribution*<sup>118</sup>. En este artículo, Davis plantea que en vez de tener confianza en la justicia distributiva y su énfasis

---

<sup>116</sup> La traducción es mía.

<sup>117</sup> KADISH, S., “Forward: The Criminal Law and the Luck of the Draw”, ob. cit. Por resultado de la falta de accesibilidad de la versión electrónica de este artículo que he obtenido, no me resulta posible sin muchísimo esfuerzo citar los números exactos de las páginas en las cuales he sacado esta información.

<sup>118</sup> DAVIS, M., “Harm and Retribution”, ob. cit.

en principios utilitaristas, una mejor manera de disuadirles a los delincuentes sería de incorporar su *unfair advantage principle* “el principio de la ventaja injusta”<sup>119</sup>, bajo el cual el castigo ha de ser exactamente proporcional a la injusticia perpetrada por el delincuente en cuestión<sup>120</sup>. Según el autor, este principio representa un mejor intento a un sistema de justicia verdaderamente distributivo que el viejo principio de *lex talianis*, bajo el cual hay que calcular un gran número de factores incluyendo *mens rea*, varias especies de excusas justificadoras del delito en cuestión, y el propio daño causado<sup>121</sup>. Como argumento más relevante al debate sobre los delitos en grado de tentativa, plantea que el Derecho Penal en general ya contempla varios delitos en los cuales no hay daños materiales, tales como la no denuncia de sobornos, o los llamados estatutos recitivistas bajo los cuales una persona quien delinque por segunda vez recibe una condena bastante más dura de lo que sería lo habitual en el caso de la primera vez que cometió el delito en cuestión; mientras no hace ninguna mención del delito en grado de tentativa como un delito que no produce ningún daño material, parece bastante obvio que el principio de la ventaja injusta puede ser fácilmente extendida hacia este tipo de delito también<sup>122</sup>.

Después de analizar dos planteamientos consecuencialistas y dos racionalistas sobre este debate filosófico, ha llegado la hora de hacer unas conclusiones provisionales antes de ver la información empírica disponible al respecto. Francamente, encuentro el planteamiento de Bittner muy poco convincente por varias razones. En primer lugar, los consecuencialistas por lo general tienden a favorecer la disuasión como metodología principal para que se reduzca la delincuencia en términos generales. Sin proporcionar casi ninguna defensa filosófica y ninguna empírica a su conclusión, Bittner intenta plantear que equiparar las condenas proporcionadas a delincuentes cuyos intentos han fracasado restringiría el efecto disuasoria. Mientras no he investigado el tema al fondo, una primera intuición me lleva a la conclusión exactamente opuesta. Lo lógico sería endurecer las condenas por los delitos en grado de tentativa en vez de relajar las condenas por los delitos consumados, así disuadiéndoles a los delincuentes de intentar delinquir de cualquier forma. Segundo, encuentro muy convincente la idea anteriormente mencionada de Kessler entre

---

<sup>119</sup> La traducción es mía. Se puede ver el original en su versión en inglés en Davis p. 239 entre otras.

<sup>120</sup> Idem, pp. 239-240.

<sup>121</sup> Idem, pp. 253-258.

<sup>122</sup> Idem, pp. 241-51, especialmente pp. 241-7.

otros autores sobre la separación entre el Derecho Penal y el Derecho Civil. Los efectos del delito simplemente no deberían de ser tomados en cuenta por el Derecho Penal si su propósito es equiparar el daño causado a la sociedad en su conjunto, mientras que el Derecho Civil se puede preocupar de los daños causados a particulares. Tercero, decir que el planteamiento racionalista no admite el control individual sobre absolutamente nada me parece una exageración. Mientras que puede posiblemente haber algún que otro racionalista quien mantiene este planteamiento, yo no lo he encontrado en ninguna obra de las docenas que he consultado. Pienso que cualquier persona lógica por lo menos tendría graves dificultades en argumentar que las personas no tengan control de sus movimientos corporales salvo en casos verdaderamente excepcionales y tirando a absurdos; para que una persona no tuviera control sobre los movimientos de su propio cuerpo, solamente puedo imaginar algún trastorno mental excepcionalmente grave como el síndrome de Estocolmo, o quizás el caso de una persona manipulada a cometer un crimen después de ser drogada por un tercero como casos posibles. Aún en estos casos, habría que proceder con una cautela excepcional antes de admitir que la persona en cuestión no tuviera ningún control sobre su propio cuerpo mientras se mantuviese la capacidad física de actuar de manera delictiva.

El otro planteamiento más o menos consecuencialista al respecto viene de Davis, y lo encuentro francamente interesante. Es una de las pocas obras que he visto que verdaderamente plantea dificultades a los planteamientos racionalistas sobre la suerte moral. Es verdad que en muchos eventos delictivos el delincuente carece de algún elemento del control que creo necesario para merecer la condena recibida, pero este hecho no anula la obligación de mirar el otro lado de la moneda. El victimario en muchos delitos carece del control necesario como para llevarlos a cabo, pero la víctima carece de control en un sentido más absoluto; carece del control en el momento en el que se convierte en víctima de un delito en vez de una persona quien realiza las actividades cotidianas de su vida. Por cierto, Malamud Goti llega a una conclusión bastante parecida en su obra. La sociedad y el Derecho también carecen de control en el momento en que el delincuente decide romper con las reglas del Código Penal, y esta falta de control social sobre el delincuente también merece algún remedio. El principio de la ventaja injusta quizás puede ser levemente modificada para solamente reflejar la ventaja que el delincuente sabía que iba a tomar



de manera injusta, así eliminando las circunstancias no previsibles por parte de éste a la hora de asignar una condena penal.

Sobre los argumentos de Kadish y Becker, la verdad es que no tengo nada novedoso que proponer. A mi modo de ver, ambos argumentos toman en cuenta la falta de control individual en el Derecho Penal y cada autor sugiere por lo menos algunos cuantos pasos preliminares para rectificar una situación adversa. Puede ser que las reformas propuestas por estos autores no prosperen a la hora de introducirse en el debate, y puede ser que a la hora de convertirse en Derecho en vez de ser parte de la doctrina crítica no produzcan los resultados adecuados, pero eso queda por verse en algún futuro probablemente bastante remoto.

### **2.3: Una Conclusión Desalentadora.**

Sin embargo, hay un lado del debate que no hemos visto todavía, quizás el lado más importante en cualquier sociedad que pretenda llamarse una democracia. Queda por ver lo que piensa la gente común sobre este debate, a través de los resultados de encuestas empíricas al respecto. Como veremos, Robinson y Kurzban tienen planteamientos tan interesantes como problemáticos para ambos lados del debate del consecuencialismo versus el racionalismo. En lo que a los delitos en grado de tentativa se refiere, veremos adelante que sus planteamientos provocan problemas difíciles de resolver por parte del racionalismo. La mayoría de las personas poseen, por lo menos a nivel intuitivo, opiniones fuertemente consecuencialistas, y creen que los delitos en grado de tentativa definitivamente no deberían de ser equiparados con los delitos consumados en lo referente al castigo asignado por el Estado. Sin embargo, el consecuencialismo también se ve enfrentado con un problema casi más urgente; la mayoría de las personas simplemente no sabe lo que dicen los Códigos Penales, un estado de cosas que detrae de manera notable de sus efectos disuasorios y de la legitimidad democrática. Entonces, la obra de estos autores es más que merecedor de nuestra atención antes de sacar conclusiones definitivas.

Mientras esta obra en particular tiene muy poco que ver con la diferencia entre un delito en grado de tentativa y un delito consumado con éxito, un análisis, aunque sea un análisis muy provisional de sus conclusiones resulta de gran utilidad a la hora de derrotar los argumentos consecuencialistas frecuentemente empleados en este debate. En su encuesta sobre las

intuiciones básicas humanas sobre la justicia, Robinson y Kurzban encontraron algunas revelaciones verdaderamente sorprendentes hasta para los propios autores. En esta encuesta, los autores preguntaron a empleados del sistema de universidades públicas en cuatro estados norteamericanos sobre sus propias intuiciones con respecto a sus deberes bajo los respectivos Códigos Penales de su estado. Las preguntas involucraron situaciones tales como el uso debido de la autodefensa, el deber del socorro, y el uso de una fuerza letal en la protección de la propiedad privada. En una cantidad estadísticamente significativa, los individuos no sabían sus deberes exactos con respecto a los delitos contra la propiedad, y en casos de autodefensa y del deber de socorro los resultados fueron solamente un poco más tranquilizadores. En segundo lugar, en lo que a las penas asignadas a los delitos en cuestión se refiere, se detectó una gran diferencia en cada estado entre lo que la gente encuestada creía que era una pena justa y la pena actualmente en vigor en el Código Penal<sup>123</sup>. Esta encuesta ayuda a demostrar que, incluso en una clase social con altos niveles de formación académica, la gente simplemente no sabe algo tan básico como lo que dice la ley con respecto a situaciones penales en las cuales cualquier persona se podría encontrar en algún momento de su vida.

En otro artículo, Robinson plantea las posibles consecuencias de una falta de conocimiento de la ley. Resultan bastante desalentadoras por cualquier persona que tenga interés en la preservación de una sociedad y un sistema de justicia más o menos funcionales. En primer lugar, nota que el sistema penal estadounidense está basado en el control normativo del delito en vez del control coercitivo, precisamente porque la mayoría de la población a través de sus representantes ha preferido el primer sistema. Además, el sistema es instrumental, operando caso por caso en vez de intentar proteger la sociedad del riesgo de la peligrosidad<sup>124</sup>. Para dar un ejemplo relevante al debate entre los delitos en grado de tentativa y los exitosamente consumados, la mayoría de los legos prefiere un sistema en el cual los intentos son castigados en menor grado que los delitos consumados. Ello, porque según varios estudios llevados a cabo por

---

<sup>123</sup> ROBINSON, Ph. y KURZBAN, R.O, “Concordance and Conflict in Intuitions of Justice”, ob. cit.. Cabe notar aquí que no dispongo ni de la formación en la psicología empírica ni en la estadística como para analizar los méritos de la obra en cuestión. Sin embargo, es una obra muy frecuentemente citada en la comunidad jurídica norteamericana, y no he encontrado ninguna que critique la metodología utilizada. También cabe acotar que me resulta extremadamente difícil citar las números exactas de las páginas en este artículo.

<sup>124</sup> ROBINSON, P.H., “Control coercitivo del delito vs. control normativo del delito. ¿Por qué le importa al Derecho Penal lo que los legos consideran justo?” en CANCIO MELIÁ, M. y JAKOBS, G. (ed). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Vol. 2. Madrid, Edisofer, 2006, pp. 809-844, pp. 817-9.

Robinson a lo largo de su carrera, los legos parecen más dispuestos a admitir un sistema de control normativo del delito en vez de coercitivo. El control normativo hace referencia a la violación de normas penales concretas que conllevan consecuencias estipuladas en el Código Penal como delitos. El control coercitivo, en cambio, se centra más en la corrección de comportamientos individuales considerados como peligrosos<sup>125</sup>. Según Robinson, factores relevantes para la criminalidad y la peligrosidad futuras de un delincuente dado no son considerados como importantes en el sistema norteamericano, o por lo menos así ha sido históricamente.

Sin embargo, las intuiciones legas sobre la justicia a veces no son en sí justas, por lo menos en términos generales. Robinson cita varios estudios empíricos que plantean que la mayoría de los Códigos Penales ponen énfasis en el retribucionismo. Sin embargo, el retribucionismo como filosofía penal es considerado injusto por la inmensa mayoría de los filósofos del Derecho, y por la comunidad académica en general<sup>126</sup>. Como si esa injusticia no fuera lo suficientemente importante, en los Estados Unidos la inmensa mayoría de los casos penales se ven decididos por jurados populares. Dichos jurados tienen la potestad de dictar sentencias basándose en factores tales como el estado mental del individuo. A muchas personas preocupadas con la justicia penal, la imposición de condenas basadas en la determinación de los presuntos estados mentales de los condenados por un jurado popular compuesto por personas legas sin formación psicológica ni jurídica resulta como mínimo preocupante. Sin embargo, a pesar de las injusticias ocasionadas por tales procesos, el control de personas legas sobre los sistemas penales que les gobiernan también trae consigo ventajas importantísimas. La mayoría de los estudios al respecto indican que las personas no obedecen al Derecho por miedo al castigo, ni por resultado de la posible vergüenza de ser condenados, sino que lo obedecen porque sienten un deber de obedecer el Derecho legítimo. Con un Derecho diseñado para estar de acuerdo con intuiciones legas de lo que es justo, la mayoría de personas se sienten obligadas a obedecer el Derecho precisamente porque piensan que por estar de acuerdo con sus propias intuiciones, el ordenamiento jurídico adquiere mayor legitimidad y mayor peso social<sup>127</sup>. Este sentido de

---

<sup>125</sup> Idem, p. 821.

<sup>126</sup> Idem, pp. 832-835.

<sup>127</sup> Idem, pp. 835-840.

legitimidad adquiere una importancia capital cuando se habla del Derecho Penal; más que cualquier otra rama del Derecho. El Derecho Penal se compone por una serie de normas vistas como especialmente merecedoras de cumplimiento por parte de la sociedad en su conjunto, y quitarle algún elemento de este carácter democrático del Derecho Penal, necesariamente ha de tener el efecto de quitarle legitimidad democrática a la institución y a la justicia en general<sup>128</sup>.

Por lo tanto, las conclusiones que podemos extraer de lo ya analizado son claras y alarmantes por ambos lados del debate sobre la suerte moral, y para ambos lados del debate respecto de los delitos en grado de tentativa. Aunque no hace ninguna mención ni de la suerte moral ni de cualquier especie de suerte en las obras analizadas, la suerte moral ha sido históricamente un concepto propuesto por élites intelectuales con pocas repercusiones en la sociedad en general<sup>129</sup>.

Más específicamente, refiriéndonos ahora a la cuestión de los delitos en grado de tentativa, la evidencia empírica al respecto nos indica que una mayoría abrumadora de las personas cree que se debería mantener la diferencia entre delitos en grado de tentativa y delitos consumados. Por esa razón, es lógico pensar que aunque supiera un gran porcentaje de la población lega lo que era la suerte moral, no encontraría ninguna paradoja en la noción, y si lo encontrara, creería más justo dejar que exista en vez de intentar reformular una de sus creencias más básicas sobre la delincuencia. Sin embargo, los planteamientos de Robinson también presentan problemas muy graves para el lado consecuencialista del debate. Dejar que los legos intervengan en ciertas facetas del Derecho Penal resulta francamente injusto. Es ilógico e injusto, por ejemplo, dejarle a una persona sin ningún entrenamiento en la psicología (un grupo de personas no formadas es peor todavía) que haga una determinación sobre el estado mental de un presunto delincuente. Como si esa especie de injusticia no fuera lo suficientemente grave, los planteamientos consecuencialistas implícitos en los propios Códigos Penales parecen cada vez peor fundamentados después de considerar que aunque la mayoría de la población lega tiene pensamientos más o menos consecuencialistas respecto a la justicia, no es capaz de determinar lo que dice la ley respecto de varios delitos importantes y frecuentemente cometidos. Nos encontramos entonces en un punto bastante difícil y desalentador. Mientras que el racionalismo

---

<sup>128</sup> Idem, pp. 840-844.

<sup>129</sup> Para citar mi ejemplo personal (el único ejemplo que tengo al respecto) no conozco ninguna persona que ya supiera lo que era la suerte moral antes de que yo le explicara el concepto.

como punto de vista filosófico puede parecer el planteamiento más justo desde una perspectiva moral, es un planteamiento que francamente carece de legitimidad democrática y que entonces parece condenado a ser parte de la moral crítica en vez de convertirse en la moral social dominante. A pesar de lo anterior, el consecuencialismo sale peor fundamentado en la batalla estrictamente filosófica, y podemos decir que incluso en la batalla de la opinión pública gana solamente por puntos en vez de por knock-out. Si los Códigos Penales están formulados mayoritariamente por planteamientos consecuencialistas, y a pesar de eso no reflejan los planteamientos intuitivos de la sociedad, el consecuencialismo empleado en ellos parece carecer de legitimidad democrática casi tanto como el propio racionalismo. Si la gente no puede intuir lo que dicen los Códigos Penales, es bastante difícil de sostener que tengan la legitimidad democrática necesaria para que la sociedad los obedezca.

## **Capítulo 3: La suerte constitutiva en el Derecho Penal: el caso estadounidense.**

### **3.1: ¿Qué es la suerte constitutiva y cómo funciona?**

La inmensa mayoría de los casos hipotéticos analizados hasta este punto en los cuales pudiera haber entrado la suerte moral tienen que ver con una especie de suerte en específico, la suerte en las circunstancias antecedentes a un evento particular según la categorización empleada por Nagel, llamado la suerte incidental en la mayoría de la literatura académica que abarca el tema. Esta suerte en particular se relaciona de manera íntima con las circunstancias específicas de un incidente en particular, o con la cadena causal relevante para determinar la culpa por una acción en concreto<sup>130</sup>. Sin embargo, una lectura de Williams y Nagel revela la existencia de muchas variedades de suerte adicionales cuya existencia no ha sido discutida de manera detallada en este trabajo. Para citar la categorización utilizada por Nagel, cuya descripción de suerte veo bastante más comprehensiva que la empleada por Williams en términos de las etiquetas utilizadas, existe la suerte constitutiva, la suerte circunstancial, y la suerte respecto a los planes de vida de la persona afectada<sup>131</sup>. Entre estas tres categorías, es mi opinión personal que la suerte constitutiva de las personas sería la más provechosa para estudiar en relación a las interacciones de los individuos con el sistema penal. La suerte en las circunstancias tiene cierta importancia por poder influir en las circunstancias que a su vez incentivan la comisión de delitos, y la suerte en los planes de vida sin lugar a dudas influye también con respecto a las interacciones entre el individuo y el estado. Deben de ser bastante pocas las personas que tienen la ambición de quedar un período extenso de tiempo detrás de las rejas de una cárcel, por ejemplo. Sin embargo, siendo responsable por el temperamento, el carácter, y otros aspectos relevantes de la personalidad individual, la suerte constitutiva debería de tener un lugar de honor entre las categorías restantes de suerte, por los efectos extremadamente fuertes que puede tener a

---

<sup>130</sup> En este momento, resulta esencial hacer una aclaración que creo de importancia vital. Esta suerte referente a las circunstancias antecedentes de un evento particular es una suerte totalmente distinta de lo que Nagel llama la suerte circunstancial. La suerte circunstancial tiene que ver con las circunstancias de vida de uno, o mejor dicho con el impacto de diferentes eventos en la vida de la víctima particular. La suerte en las circunstancias antecedentes tiene que ver con la cadena de acción que se refiere a un evento específico en vez de la cadena de acción vista como la vida entera de la persona afectada.

<sup>131</sup> Se puede ver la página 9 de este trabajo para una descripción de la suerte constitutiva, la suerte circunstancial y la suerte en los planes de vida, y la nota 10 si desde obtener la cita exacta del artículo de Nagel.

la hora de proporcionarle características no controlables de su propia vida al individuo, y características específicas que pueden resultar contrarias a sus intereses en su interacción con el sistema penal estatal. Las demás categorías de suerte, al contrario, son difíciles de separar entre sí para estudiar cada uno en detalle, además de generar bastante polémica en la literatura académica acerca de la suerte moral sobre la propia existencia de dichas categorías. La categorización empleada por Malamud Goti, por ejemplo, no incluye ninguna mención de la suerte en los planes de vida de las personas porque ese autor no cree que esta categoría sea verdaderamente distinta a las otras tres utilizadas por Nagel<sup>132</sup>, y la distinción de Williams entre la suerte intrínseca y la extrínseca que analicé en el primer capítulo de esta investigación casi no aparece en las obras de autores que no sean el propio Williams<sup>133</sup>.

Por tener que ver con factores no controlables de la persona y por empezar a operar con el nacimiento del individuo, la suerte constitutiva incluye factores como la *raza*, la discapacidad física (o falta de ella) la cuota intelectual, los talentos y deficiencias, y un sinfín de factores que empiezan a formar la persona a la hora de su nacimiento y que lo seguirán haciendo a lo largo de su vida<sup>134</sup>. Dos factores particularmente importantes a mi modo de ver son la *raza* y la clase social; mientras que la clase social no necesariamente tiene que ver con la suerte constitutiva individual, la cada vez mayor falta de movilidad social en nuestras sociedades aumenta la posibilidad de que una persona en particular se muera como parte de la misma clase social en la cual tuviere la suerte de nacer, entonces el papel jugado por la suerte constitutiva en este ámbito de la vida tampoco puede ser ignorado. Mientras que a mi modo de ver, sería posible argumentar que la clase social tenga más que ver con la suerte en los planes de vida de las personas, la existencia de esta categoría de suerte ha sido el sujeto de bastante polémica en la literatura filosófica. Para facilitar el proceso de investigación, entonces, he decidido cometer lo que creo es

---

<sup>132</sup> Malamud Goti, J., *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, ob. cit., p. 102.

<sup>133</sup> Para ver la distinción entre la suerte intrínseca y la extrínseca, véase la página 13 de este trabajo, o para verlo en los términos en los cuales la plantea el propio autor, véase WILLIAMS, B., *Moral Luck: Philosophical Papers, 1973-1980*, ob. cit., pp. 26-27.

<sup>134</sup> Estoy plenamente consciente de que la raza no existe como factor biológico. Sin embargo, en el contexto norteamericano, el concepto de raza sigue siendo tomado en cuenta en las estadísticas proporcionadas por el Estado, y más importante, por la cultura popular norteamericana en general. En dicho contexto cultural, la raza significa una combinación difícil de poner en términos cuantitativos entre la etnia y la cultura, y en algunos contextos sociales el término también conlleva una fuerte connotación clasista. Por esa razón, creo que el concepto de raza tiene que recibir análisis en cualquier estudio del sistema penal, más allá del hecho de que tal concepto carece en absoluto de sentido científico.

una imprecisión ontológica bastante pequeña e incluir la clase social bajo la penumbra de la suerte constitutiva. Es más: los efectos de la *raza* y la clase se ven analizados de manera conjunta cuando se refiere a las interacciones individuales con el sistema penal del estado, o por lo menos así es el caso cuando se trata del sistema penal estadounidense, la fuente casi exclusiva que empleo en este capítulo para sacar mis conclusiones. Por otro lado, el concepto de *raza* simplemente no recibe atención en varios ordenamientos jurídicos en el mundo, el caso del sistema francés siendo quizás el ejemplo clásico de este fenómeno. En el sistema norteamericano, al contrario, ha habido una tradición quizás demasiado larga de enfatizar la *raza* de las personas involucradas en procesos penales, tradición que por un lado provoca discriminaciones abominables en contra de unas personas de grupos marginados, pero que por otro lado nos proporciona un rico laboratorio para que cualquier científico social interesado investigue el tema con profundidad.

### **3.2: La suerte situada.**

Antes de estudiar la suerte constitutiva, sin embargo, también existe otra manera a través de la cual el académico puede estudiar los efectos de la suerte en el sistema penal de este país. La suerte constitutiva de Nagel opera a través de factores que empiezan a afectar sus víctimas al nacer. Mientras que no he visto ningún estudio de precisamente esta índole, el momento histórico en el que uno nace también puede afectar las opciones de vida que puede tener. Por esta razón, propongo hacer un análisis muy breve de los cambios más recientes que han ocurrido en los Estados Unidos en lo que al sistema penal y las políticas carcelarias se refieren para mostrar los efectos de haber vivido en un contexto histórico u otro antes de enfocarme en asuntos más bien relacionadas con la *raza* y la clase social del acusado. Esta variedad en particular de suerte de haber nacido en un contexto histórico u otro y bajo el sistema jurídico que conlleve la época histórica que delimita la vida de un individuo es una especie de suerte que no he visto nombrada en ninguna obra que he tenido la ocasión de leer, razón por la cual creo el término “suerte situada”, para englobar la categoría de suerte constitutiva empleada por Nagel entre otros con el contexto histórico-jurídico del momento bajo análisis.



Desde finales del siglo XIX hasta algún punto difícil de determinar en la década de los 1970, las respectivas políticas carcelarias del gobierno federal estadounidense y los estados del país se basaban en el welfarismo penal. bajo este paradigma, el propósito del encarcelamiento se dirigía hacia la rehabilitación del delincuente y su reinserción en la sociedad después de su salida de la cárcel<sup>135</sup>. Las maneras a través de las cuales el welfarismo penal intentaba rehabilitar a los delincuentes fueron variables e intentaban enfocarse en la totalidad del problema del delito. El *Model Penal Code (el Código Penal Modelo)*<sup>136</sup>, fue una propuesta llevada a cabo por el *American Legal Institute* con la intención de homogenizar los varios Códigos Penales existentes en los Estados Unidos bajo un paradigma welfarista clásica, donde la rehabilitación del delincuente y la equiparación entre el delito en grado de tentativa y el delito consumado de manera exitosa eran dos de sus premisas filosóficas principales<sup>137</sup>. Como describe Garland en su libro anteriormente citado, el welfarismo penal también tendía a utilizar condenas individualizadas dependiendo de las circunstancias específicas del caso concreto en cuestión, empleaba una criminología basada en estudios de posibles patologías psicológicas que supuestamente sufrían diferentes arquetipos de delincuentes, hacía un uso extenso de la ingeniería social para intentar eliminar la delincuencia en la sociedad por resultado de verla como una patología reversible en vez de un fenómeno solamente capaz de estar contenido a través de condenas carcelarias de larga duración, intentaba mitigar los efectos de la cárcel en los niños y otros grupos vulnerables, y veía a la cárcel en general como una solución solamente necesaria después del fracaso de otras opciones tales como la probation (un concepto parecido a la libertad condicional en España) o el reemplazamiento del encarcelamiento con condenas como el servicio comunitario<sup>138</sup>. Un argumento a favor del welfarismo fue su capacidad de conectar a un gran porcentaje de delincuentes al mercado de empleo una vez finalizadas sus condenas, una práctica que básicamente no existe hoy en día, como se verá más adelante en este capítulo<sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup> GARLAND, D. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, pp. 81-82.

<sup>136</sup> La traducción es mía.

<sup>137</sup> Para un análisis exhaustivo de este código, véase DUBBER, M.D., *Criminal Law Model Penal Code*, New York: Foundation Press, 2002.

<sup>138</sup> GARLAND, D., *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, ob. cit., pp. 81-100 especialmente pp. 81-2 y 90.

<sup>139</sup> Idem, pp. 101-102.

Mientras dicho sistema puede parecer sumamente justo a primera vista, y mientras las buenas intenciones de los criminólogos welfaristas son indiscutibles, el sistema welfarista fue percibido como poco eficiente y responsable de muchos abusos de los derechos de los propios delincuentes. El sistema de condenas individualizadas fue criticado con dureza por el distinguido juez Marlon Frankel en su libro *Law Without Order* en el que planteó que el delincuente se veía totalmente a la merced del juez que escuchaba su caso, y que los propios jueces a veces imponían condenas totalmente ilógicas y desproporcionadas a la gravedad del delito, un proceso que existía por una falta total y absoluta de regulación a la hora de imponer condenas carcelarias<sup>140</sup>. Las pruebas más bien anecdóticas de Frankel, la mayoría de los cuales venían o de su propia carrera como magistrado federal o de casos específicos sobre los cuales éste tenía conocimiento por resultado de estar en comunicación constante con otros jueces fueron apoyadas por un estudio llevado a cabo en el año 1974 que se enfocaba en el segundo circuito de Cortes Federales, una jurisdicción responsable por los tribunales federales del noreste del país; el estudio reveló un nivel estadísticamente significativa de diferencias al respecto de las condenas impuestos por los jueces de dicho circuito en una gran variedad de casos hipotéticos, los delitos involucrados extendiéndose desde el hurto y la posesión de pequeñas cantidades de marihuana hacia el homicidio<sup>141</sup>. En un ejemplo particularmente extremo, el caso hipotético de un delincuente condenado por la falsificación de cheques bancarios recibió una condena de una multa de 300 dólares y cinco años de libertad condicional por parte de un juez, mientras el mismo caso recibió una condena de 37 años de cárcel por otro juez en el mismo circuito.

El sistema welfarista ya no es el paradigma dominante, ni mucho menos, en la criminología norteamericana. Según Garland, esta transformación social se ha llevado a cabo por varios motivos. Principalmente, en la modernidad tardía (la segunda mitad del siglo 20 y el comienzo del siglo 21), se han aumentado las oportunidades de delinquir mientras que a la vez existe una reducción del poder y la soberanía estatales que hace cada vez más difícil el trabajo de proteger a la ciudadanía de la delincuencia y de los propios delincuentes, y en el mismo momento, hay una percepción por parte del público en general a favor de condenas cada vez más duras y otros recortes en los derechos de los delincuentes para que los niveles de delincuencia se

---

<sup>140</sup> FRANKEL, M.E., *Criminal Sentences: Law without Order*, New York: Hill and Wang, 1972.

<sup>141</sup> PARTRIDGE, A. y ELDRIDGE, W.B., *The Second Circuit Sentencing Study: A Report to the Judges of the Second Circuit*, Washington: Federal Judicial Center, 1974.

vuelvan a los niveles anteriores a las experimentadas en nuestra época<sup>142</sup>. Bajo este planteamiento, el delincuente ya no está visto como una persona que necesita el ayuda de un estado rehabilitador; al contrario, hay que imponer condenas cada vez más rígidas para desincentivar la delincuencia en primera instancia, y si es que una persona comete el error de delinquir, hay que hacer la experiencia con el sistema penal cada vez más dura. Por resultado de este planteamiento, las cárceles norteamericanas se han convertido en lugares sumamente desagradables donde el propósito de su existencia es la retribución en vez de la rehabilitación; es más: una vez que un delincuente sale de la cárcel, existen un número cada vez mayor de restricciones en su libertad y sus derechos para privarle de la capacidad de jamás volver a delinquir<sup>143</sup>. Bajo la nueva paradigma criminológica, la víctima cobra una importancia cada vez más grande, y en algunas jurisdicciones la policía tiene una práctica establecida de notificarle a la víctima respecto al paradero del delincuente, como si el derecho de la víctima a sentirse segura fuera más importante que el derecho del delincuente a vivir libre de sospechas después de cumplir su condena<sup>144</sup>. Por fin, el sistema de condenas individualizadas se ha visto totalmente reemplazados por una serie de directrices tanto a nivel federal como a nivel estatal que restringen a la autoridad del juez para modificar ni la duración ni las condiciones de la condena según circunstancias del caso en concreto. O sea, mientras que el sistema welfarista producía condenas demasiado individuales hasta el punto de la absurdez, Garland plantea que la nueva criminología retribucionista no está capaz de tomar en cuenta las circunstancias individualizadas y concretas de muchos casos, produciendo un resultado final casi tan arbitraria como el experimentado bajo el viejo paradigma criminológico<sup>145</sup>.

Un ejemplo clásico de la reducción de los derechos de los delincuentes es conocido por casi la totalidad de la sociedad norteamericana; la enorme mayoría de los agresores sexuales se ven obligados a llevar una especie de bracelete que transmite señales a la policía de la

---

<sup>142</sup> GARLAND, D., *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, ob. cit., pp. 270-1.

<sup>143</sup> Idem, pp. 288-92.

<sup>144</sup> Idem, pp. 297-300.

<sup>145</sup> Idem, pp. 293-4.

jurisdicción para que su paradero esté conocido los 24 horas del día, como si la agresión sexual fuera un delito sumamente peligroso<sup>146</sup>.

Para poner la información citada y el ejemplo proporcionado en esta sección en términos algo más generales, es útil hacer una referencia al ya citado criminólogo Marcus Dubber. Ese autor caracteriza al Derecho Penal norteamericano desde la década de los 70 en adelante como un caso clásico del llamado *Derecho Penal del enemigo*<sup>147</sup>. Originalmente creado por el profesor alemán Gunther Jakobs, el Derecho Penal del enemigo hace una discriminación entre los delincuentes normales y corrientes que aceptan de forma implícita las reglas del juego que es el Derecho de la sociedad en la que viven y como consecuencia retienen las garantías procesales normalmente asociadas con el Derecho Penal moderno, y los delincuentes enemigos quienes por la naturaleza excepcionalmente grave de sus delitos y su obvia falta de respeto para el ordenamiento jurídico como sistema de normas vinculantes pierden las garantías y los derechos concedidos a los delincuentes normales<sup>148</sup>. En otras palabras, el delincuente enemigo pierde su estatus de persona a los ojos del sistema jurídico de su país<sup>149</sup>. Según Dubber, varias clases de personas (particularmente las personas de *raza* negra) han sufrido una disminución de sus derechos como miembros de un colectivo percibido por el gobierno como un colectivo enemigo. Dicha pérdida de derechos presumiblemente no ocurriría a los miembros de otro colectivo como los protestantes de descendencia europea, porque hay una percepción de que esas personas conocen y están de acuerdo a las reglas del nuevo retribucionismo penal, mientras que las

---

<sup>146</sup> Para proporcionar un ejemplo típico de tal procedimiento desde mi propia infancia, recuerdo que un día cuando tenía aproximadamente ocho años, un policía vino al domicilio de mi familia para notificarles que un agresor sexual se había mudado a una casa a unos 800 metros de distancia de nuestra vivienda. Unos meses más tarde, hubo un asesinato en nuestro barrio cometido por un asesino múltiple sobre cuya presencia en el barrio nadie nos había notificado en ningún momento, y quien había estado habitando allí durante varios años. El agresor sexual, una ex profesora que había mantenido una relación romántica con un alumno en otro estado hace varios años, no ha vuelto a delinquir y parece estar viviendo una vida más o menos normal.

<sup>147</sup> DUBBER, M., “Guerra y paz: derecho penal del enemigo y el modelo de potestad de supervisión policial en el Derecho Penal estadounidense”, en JAKOBS, G. y CANCIO MELIA, M. ed., *Derecho Penal de Enemigo*, Madrid: Thomson-Civitas, 2006, pp. 685-724, p. 685.

<sup>148</sup> JAKOBS, G. “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: JAKOBS, G. y CANCIO MELIA, M. ed., *Derecho Penal de Enemigo*, Madrid: Thomson-Civitas, 2006, pp. 93-116. Véase especialmente la sección introductoria.

<sup>149</sup> FARALDO CABANA, P. “Medidas Premiales Durante La Ejecución De Condenas Por Terrorismo y Delincuencia Organizada: Consolidación De Un Subsistema Penitenciario De Excepción”, JAKOBS, G. y CANCIO MELIA, M. ., ed., *Derecho Penal de Enemigo*, Madrid: Thomson-Civitas, 2006, pp. 757-798. Específicamente véase Pp. 1029 y 1040-6.

personas de *raza* negra, siendo el colectivo más perseguido bajo el nuevo modelo retribucionista, naturalmente no muestran conformidad con dichas reglas<sup>150</sup>. Por resultado de dichos cambios, Dubber plantea que el principio de legalidad tal y como es conocido en el ámbito europeo continental no existe en los Estados Unidos, consecuencia del sistema abiertamente discriminatorio en contra de los intereses de los miembros de ciertos grupos considerados como merecedores de una especial atención policial<sup>151</sup>.

Escribo esta sección y doy el ejemplo anterior desde mi propia vida para hacer un punto tan importante como lo es inquietante. Mientras que hemos visto muchos casos hipotéticos de cómo la suerte puede influir en el transcurso de un delito, y mientras la *raza* y la clase social tienen efectos extremadamente importantes con respecto a las interacciones individuales con el sistema penal norteamericano, veo que la suerte de haber nacido dentro de un contexto histórico u otro también puede influir en casos concretos, aunque esta influencia sea algo más difícil de describir en palabras exactas y de comprobar a través de datos empíricos. Mientras no propongo plantear ninguna reforma al sistema para remediar los efectos de la suerte situada y su relación con el delito en cuestión, hay que reconocer que la naturaleza variable de la respuesta criminológica, y la manera en la que la delincuencia es vista por la sociedad en su conjunto tienen efectos importantes para la seguridad jurídica, tanto para las personas acusadas de delitos como para la seguridad ciudadana. Este tipo de suerte a mí me resulta especialmente preocupante desde un punto de vista filosófico, y también resulta muy difícil de remediar por una variedad de razones. En primer lugar, es ilógico y contraproducente mantener la expectativa de que las políticas anti-delincuencia y la criminología no experimenten ningún cambio simplemente para preservar una seguridad jurídica que quizá resulte muy injusta. No propongo ni mucho menos una vuelta a los tiempos de la condena arbitraria e individualizada que caracterizaba la época welfarista en los Estados Unidos.

Segundo, este análisis de la suerte situada en el contexto histórico que marca la comisión del delito en cuestión debería de provocar también un análisis de los cambios en lo que es considerado como delincuencia, o el cambiante papel social que juega el delincuente y el sistema penal a lo largo de la historia. Uno solamente necesita pensar en la humanización del Derecho

---

<sup>150</sup> DUBBER, M.D., “Guerra y Paz”, ob. cit., pp. 696-7.

<sup>151</sup> Idem, pp. 713-4.

Procesal Penal durante la Ilustración e inmediatamente después para darse cuenta que la respuesta que una vez fue considerada como la adecuada (torturarle al delincuente sospechado hasta que confesara, por ejemplo) ya no se considera ni mucho menos adecuado en el Estado de Derecho moderno<sup>152</sup>. Aunque está fuera del ámbito de esta investigación por el enorme tiempo y espacio que resultaría necesaria investigar este tema de la suerte situada hasta el fondo, creo que sería un tema provechoso para cualquier académico interesado y podría provocar un mayor entendimiento de lo vinculados que estamos (tanto como individuos y como miembros de una sociedad en conjunto) a nuestro contexto histórico y nuestras percepciones acerca del delito, la historia y la propia suerte moral<sup>153</sup>. En pocas palabras, desde un punto de vista estrictamente filosófico me parece que la suerte situada produce unos problemas muy difíciles si no imposibles de resolver, por lo menos a corto plazo.

### **3.3: La suerte constitutiva, la *raza*, y la clase social.**

La obra más comprensiva acerca de la relación entre *raza*, clase social y el sistema penal norteamericano es precisamente la de David Cole titulado *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*<sup>154</sup>. Aunque el libro fue publicado en 2000 y por resultado la mayoría de la información utilizada resulta bastante antigua, no he logrado encontrar ninguna obra parecido ni en la cantidad de información expuesta ni en las conclusiones presentadas desde ese momento en adelante. Además, Cole tiene la reputación de ser un académico particularmente respetado en el campo del derecho constitucional estadounidense, una disciplina aproximadamente equiparable a la filosofía del derecho europeo a la hora de emplear el derecho para sacar conclusiones filosóficas de interés público.

---

<sup>152</sup> Aunque sobre el tema de la compatibilidad de la tortura con los modelos de Estado de Derecho modernos se podría escribir otra investigación. Sobre el tema, véase a modo de repaso ligero de la situación actual del tema, a LA TORRE, M., “La teoría del derecho de la tortura”, *Derechos y Libertades*, 2007, No. 17, Época 2, 71-87.

<sup>153</sup> En su obra *Vigilar y Castigar: El Nacimiento de la Prisión*, Foucault describe el desarrollo histórico del proceso del encarcelamiento de una manera que creo que pudiera servir como modelo para la posterior descripción de la suerte situada. Véase FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar: Nacimiento De La Prisión*, Buenos Aires: Siglo 21 de Argentina, 2006.

<sup>154</sup> COLE, D., *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*. New York: New Press, 2000.

Cole introduce el tema con un análisis del extremadamente polémico caso del exfutbolista americano O. J. Simpson, acusado de asesinar a su esposa y el amante de esta en la casa de la primera en 1992. Simpson, una persona de *raza* negra, tuvo la ventaja de disponer de uno de los mejores defensores de la historia del país, un jurado compuesto en su mayoría por personas de *raza* negra, y su estatus de una persona muy famosa y adorada por un gran porcentaje del público por resultado de una brillante carrera deportiva. Fue declarado inocente, pero las encuestas llevadas a cabo tanto durante como después del pleito revelan un hecho perturbador; casi tres cuartas de la población de *raza* negra pensaban que Simpson era inocente, mientras que casi tres cuartas de la población de *raza* blanca pensaban al contrario. Cole plantea la opinión de que es muy probable que Simpson hubiera sido declarado culpable si no dispusiese de las ventajas a su favor, ventajas a las cuales la mayoría de los acusados de *raza* negra no tienen acceso y de las cuales sí se dispone una gran porción de la población de *raza* blanca del país por resultado de su mayor poder adquisitivo<sup>155</sup>.

Para relacionar un poco este caso con el tema de la corriente investigación, Simpson fue uno de los muy pocos acusados que tuvo la capacidad de salir de la mala suerte que significa el hecho de haber nacido de *raza* negra en Estados Unidos y encontrarse involucrado en un procedimiento penal en el sistema norteamericano, a través de una suerte en sus planes de vida tan completa que resultó capaz de ayudarlo escapar a la cárcel por unos asesinatos por los cuales, a la luz de los años, es muy probable que sí cometiera. La inmensa mayoría de los acusados de *razas* que no sean la blanca, o de clases sociales en desventaja, no disponen de una suerte tan buena respecto de sus planes de vida, y así no pueden luchar en igualdad de condiciones en contra de la suerte en sus circunstancias a la hora de enfrentarse con el sistema judicial de su país. Según Cole, personas de *razas* minoritarias o de clases sociales menos altas sufren desventajas relativas a las personas de *raza* blanca o de las clases sociales más afortunadas; esas desventajas, según Cole, han sido plasmados de manera deliberada en el sistema judicial norteamericano para que las personas de las *razas* y clases sociales aventajadas puedan tener un rango de libertades constitucionales sumamente extenso, mientras que las personas en desventaja se ven relegadas a un estado de desigualdad permanente<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> Idem, pp. 1-3.

<sup>156</sup> Idem, pp. 5-6.

Antes de proceder directamente al sistema penal y los efectos de la *raza* y la clase social en sus procedimientos, sin embargo, hace nota de varias estadísticas que apuntan a la importancia de la *raza* y la clase social en las sociedades. En primer lugar, establecen un vínculo difícil de dudar entre la *raza* y la pobreza en los Estados Unidos. Los ingresos de personas de *raza* blanca son más de tres veces más altas que los ingresos recibidos por personas de otras *razas*, y lo que es más alarmante todavía, más de 30% de las familias de *raza* negra viven en el umbral de la pobreza, mientras que la figure para familias de descendencia europea es de solamente el 9%. Los Estados Unidos padece la brecha más extensa entre ricos y pobres del mundo industrializado, brecha que ha ido en expansión desde el año 1968. En el sistema de cárceles estatales<sup>157</sup>, 40% de los encarcelados son analfabetos, y la tasa de encarcelación per cápita es 7 veces más alta para personas de *raza* negra que por personas de *raza* blanca<sup>158</sup>. Por cada varón de *raza* negra que se gradúa de la universidad, 100 se encontrarán encarcelados en algún momento de sus vidas. Como si los datos recién mencionados no fueran lo suficientemente alarmantes, cabe recordar que el asesinato es la causa de muerte más frecuente en hombres de *raza* negra con menos de 45 años. Esas y otras estadísticas indican que los pobres y las personas de *razas* minoritarias son desfavorecidos de manera sistemática al nivel económico y también en lo que se refiere al sistema penal estadounidense.

Unas estadísticas más corrientes vienen de un estudio de la población carcelaria estadounidense en 2009 realizado por el *Bureau of Justice Statistics*, del Departamento de Justicia federal. Revelan que en el año 2009, mientras 949 varones por cada 100000 residentes legales en los Estados Unidos estaban encarcelados, el número correspondiente a la población carcelaria femenina es de solamente 67 por cada 100000 residentes legales, una cifra 14 veces menor de la que corresponde a los varones<sup>159</sup>. Las personas de *raza* negra tenían una tasa de encarcelamiento más de 6 veces más alta que la tasa correspondiente a las personas de *raza* blanca, y más de tres veces más alta que la tasa correspondiente a personas de descendencia

---

<sup>157</sup> Siendo una república federal, los Estados Unidos tiene un código penal vigente a nivel nacional y una extensa red de cárceles habitadas por personas que han violado el código penal nacional. Sin embargo, los estados y otras jurisdicciones dentro de los propios estados también tienen su propia legislación penal y sus propias instituciones penitenciarias.

<sup>158</sup> COLE, D., *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*, ob. cit., p. 5 y siguientes.

<sup>159</sup> WEST, H. C., SABOL, W. J., y GREENMAN, S. J., *Prisoners in 2009*, Washington, Bureau of Justice Statistics, 2010. P. 9.



hispanica. Las estadísticas recién mencionadas revelan dos factores extremadamente perturbadores; la brecha racial en la población carcelaria apenas ha cambiado en casi una década, y también hay un importante desequilibrio en relación al género de las personas encarceladas que debería de ser el sujeto de otra investigación.

### ***3.3.1: La suerte constitutiva y la Cuarta Enmienda Constitucional.***

Como es generalmente sabido por la comunidad jurídica a nivel internacional, la cuarta enmienda a la constitución de los Estados Unidos establece la naturaleza inviolable del domicilio, pero un aspecto algo menos conocido es que también establece provisiones idénticas con respecto de la persona humana y sus pertenencias. La tradición jurisprudencial hasta el último cuarto del siglo 20 había permitido que una persona evitara la revisión de su persona o sus pertenencias simplemente por negarle a la policía el permiso de revisarle sin expediente judicial. Sin embargo, esta tradición sufrió unos cambios drásticos por resultado del caso de Bostick contra el Estado de Florida.

El acusado, Richard Bostick, fue una persona de *raza* negra que tomaba un autobús que partía de la ciudad de Jacksonville en el estado de Florida. En este momento cabe notar que el estado de Florida en general, y la ciudad de Jacksonville en particular tienen una larga historia de violencia estatal y discriminación policial contra su población de *raza* negra. Una vez abordó el autobús, unos policías entraron al autobús pidiéndoles a los pasajeros permiso para revisar sus personas y su equipaje; Bostick le respondió en el afirmativo, y el agente policial encontró una cantidad de cocaína junto con otra parafernalia. Bostick fue condenado a prisión, pero apeló su caso a la Corte Suprema de Florida, organismo judicial que invalidó su convicción, ordenando que el estado le dejara en libertad porque la policía quien investigó la maleta de Bostick no le había informado de que tenía la opción de responder en negativo sin repercusión ninguna. Para llegar a esta conclusión, se planteó la pregunta de si una persona “razonable” se sentiría libre de simplemente salir del autobús, y concluyó que la respuesta sería en el negativo en el caso concreto. Esta decisión reflejaba de manera adecuada la doctrina jurisprudencial con respecto a la cuarta enmienda de la constitución; tal y como se interpretaba la cuarta enmienda en aquél entonces, si una persona “razonable” no se sintiera libre de salir del lugar donde se encontraba, la

revisión de su persona o su equipaje no se podría considerar como consensual y por resultado solamente se podría realizar dicho procedimiento con un expediente judicial ordenando la revisión de la persona o los objetos en cuestión. El estado de Florida, por su parte, apeló la sentencia a la Corte Suprema del país, organismo que reafirmó la condena original impuesta por la corte de primera instancia, bajo la lógica de que una persona “razonable” tendría que haber conocido mejor sus propios derechos constitucionales, y que dicha persona “razonable” podría simplemente negarle permiso a la policía sin que importara la accesibilidad física de una salida del lugar en concreto. En otras palabras, aunque Bostick fue una persona de *raza* negra en un estado con una larga historia de discriminación racial, y aunque estaba en un autobús (un lugar físicamente pequeño e encerrado) sin acceso a salida del vehículo, la Corte Suprema de los Estados Unidos todavía sostuvo (de acuerdo con el estado de Florida) que una persona “razonable” podría haber conocido mejor sus derechos constitucionales y que, en el caso de que no quisiera que su equipaje y su persona fuesen revisados, podría haber simplemente salido del autobús o haberles negado el permiso a las autoridades<sup>160</sup>. Según Cole, este caso permite que la policía se actúe de manera coerciva bajo una fachada de constitucionalidad<sup>161</sup>.

Desde la decisión Bostick, esta doctrina ha sido utilizada por la policía a nivel generalizado en todo el país, así enmascarando el hecho de que cualquier encuentro con las fuerzas del orden público tiene por lo menos la potencial de ser un encuentro coercivo; sin embargo, aun cuando se trata de una zona donde es imposible que la persona cuyo consentimiento ha sido pedido salga del lugar con facilidad, las cortes han frecuentemente citado el caso Bostick para aprobar conductas policiales antes considerados como coercivos<sup>162</sup>.

Otro caso decidido poco después del caso Bostick, e involucrando una sentencia casi más dañina (si es posible) a los derechos plasmados bajo la cuarta enmienda a la constitución es el caso de United States contra Drayton, en el cual los hechos concretos del caso se aproximan bastante a los del caso anterior. La Corte Suprema siguió la misma línea jurisprudencial utilizada en el caso Bostick pero de forma algo más expandida. Mientras que la prueba de la persona “razonable” anteriormente mencionada en relación al caso Bostick contiene algunos factores

---

<sup>160</sup> *Florida v. Bostick*. 501 U.S. 429 (1991). Washington: Supreme Court of the United States, 20/06/1991.

<sup>161</sup> COLE, D., *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*, ob. cit., pp. 14-20.

<sup>162</sup> *Idem*, p. 20.

potencialmente subjetivas, la Corte Suprema efectivamente eliminó dichos factores de consideración en su sentencia respecto al caso Drayton, concluyendo que, aunque no había una manera físicamente posible de salir del autobús en cuestión en el que la policía había detenido a Drayton por poseer grandes cantidades de cocaína, este hecho todavía no constituía una brecha de sus derechos constitucionales porque la policía no había utilizada ni la fuerza física, ni había amenazado con la posibilidad de que la fuerza fuese utilizada en el caso hipotético en el que Drayton no hubiese dado su consentimiento verbal a la revisión de su equipaje y de su persona física<sup>163</sup>. Este razonamiento elimina de consideración factores potencialmente subjetivos que sí fueron considerados como relevante por una minoría de los jueces de la corte en el caso en cuestión, tales como un posible sentimiento de miedo o temor por parte de Drayton (una persona de *raza* negra) a la hora de enfrentarse con una fuerte presencia policial, o el hecho de que la mayoría de las personas que toman autobuses en los Estados Unidos pertenecen a grupos étnicos minoritarios y de una clase socioeconómica más baja que el promedio de la población y por resultado suelen disponer de un menor grado de formación con respecto a sus derechos<sup>164</sup>. Sin embargo, la prueba de la persona “razonable” utilizada en el caso Bostick y reforzada en el caso Drayton efectivamente presupone una persona que no tiene ningún miedo a una fuerte presencia policial, que conoce a la perfección sus derechos constitucionales y la manera adecuada de reclamar el respeto de estos por parte de la policía en una situación de alta presión, y una persona que no toma en cuenta la extrema proximidad física de una figura de autoridad como es un miembro de una fuerza policial en un espacio reducido; dicha prueba presupone, entonces, una persona educada, probablemente de *raza* blanca, y una persona no acostumbrada a tomar el autobús y estar sujeto a las presiones a los cuales muchas personas pobres y de *razas* minoritarias se ven sujetas en muchos ocasiones<sup>165</sup>. A pesar de su intención de ser totalmente neutral a la hora de discutir la relevancia de la *raza* en el sistema judicial norteamericano, esta prueba de hecho resulta discriminatoria contra personas de *razas* minoritarias precisamente porque, como apunta el autor de una forma muy acertada, es difícil de encontrar alguna persona razonable en Estados

---

<sup>163</sup> *United States v. Drayton*. 536 U.S. 194 (2002). Washington: Federal Appellate, 17/06/2002. Justia U. S. Supreme Court Center. Véase FITCH, J., “United States v. Drayton: Reasonableness & (and) Objectivity-Discussion of Race, Class, and the Fourth Amendment”, *New England Law Review*, 2003, vol. 38, pp. 97-139. Véase pp. 97-107 para esta referencia en específico.

<sup>164</sup> *Idem*, pp. 107-1.

<sup>165</sup> *Idem*, pp. 114-5 y especialmente pp. 125-130.

Unidos que no tome en cuenta la *raza* en algún momento de su vida. Es más: me parece perfectamente lógico que dichas consideraciones basadas en la *raza* entren en el pensamiento de personas en situaciones de alta presión, un ejemplo clásico de tal situación siendo un enfrentamiento entre una persona sospechada de delinquir y uno o más miembros de las fuerzas del orden público, y más todavía cuando el sospechado y la policía tengan herencias distintas. .

Si estos casos no fueran particularmente alarmantes, un examen de las prácticas judiciales y policiales en Estados Unidos en lo que se refiere a las revisiones de las personas y sus domicilios revela que la *raza* y la clase social tienen un impacto importantísimo en la probabilidad de que una persona sea revisada en primera instancia. Es visto y comprobado que la mayoría de las revisiones policiales de individuos y sus pertenencias ahora toman lugar en autobuses, trenes, y otros medios de transporte público; esos mismos medios de transporte son desproporcionadamente utilizados por las clases económicas más bajas y las *razas* minoritarias<sup>166</sup>. Cole, además, cita varios datos estadísticos que revelan que la delincuencia es más común entre las personas de *raza* negra que la es entre personas de *raza* blanca, más común entre hombres como entre mujeres, y más común entre jóvenes que sectores más ancianos. Entonces, el estándar impuesto en el caso Bostick permite a la policía que utilice características racistas y clasistas para llevar acabo revisiones de personas, sin tomar en cuenta que personas con desventajas sociales puedan tener más miedo a la propia policía, razón por la cual temen negarles permiso a llevar acabo las revisiones en primera instancia<sup>167</sup>. Un experimento muy interesante fue llevado a cabo por el programa televisivo 20/20, donde el programa pretendía investigar si de hecho existían actitudes policiales racistas a través de medir la cantidad de veces que autos con diferentes composiciones raciales fueron parados por la policía durante una noche en concreto en el estado de Nueva Jersey; en la noche en cuestión, un auto lleno de personas de *raza* negra fue parado cinco veces por la policía, mientras que los ocupantes (todos de *raza* blanca) del otro auto vieron a 16 patrullas policiales sin que fueran paradas en ni una sola oportunidad<sup>168</sup>. En el estado de Florida, las estadísticas más fiables al respecto indican que el 70% de las paradas en la vía pública involucran a conductores o de *raza* negra o hispánica,

---

<sup>166</sup> COLE, D., *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*, ob. cit. pp. 20-2.

<sup>167</sup> Idem, p. 22-6.

<sup>168</sup> Hasta este momento no he logrado encontrar ni un transcripto ni ningún vídeo del programa televisivo en cuestión, razón por lo cual es necesaria utilizar la cita de Cole al respecto.

mientras que esas *razas* solamente componen el 5% de la población del estado<sup>169</sup>. Este experimento es particularmente interesante, porque la policía no se ve legalmente obligada a pedir el consentimiento de las personas para realizar revisiones después de parar sus autos en la vía pública<sup>170</sup>. Cole sugiere que esas prácticas policiales abiertamente discriminatorias existen porque la mayoría de las personas de *raza* blanca tienen niveles de educación más altas que las personas de otras *razas*, y que por esa razón esas personas educadas conocen en mayor grado sus derechos constitucionales; en otras palabras, si las prácticas policiales fueran tan duras con la gente de *raza* blanca como lo son con las personas pertenecientes a otras etnias, no se tolerarían las prácticas en cuestión y habría más presión pública para que el sistema sufriera reformas importantes<sup>171</sup>. Para reformar una situación tan desafortunada, Cole propone varias reformas tales como la modificación de la prueba de la “persona razonable”, obligar a las comisarias policiales individuales que tomen nota de las respectivas *razas* de personas revisadas, y mejor simpatía por parte del sistema judicial en general con respecto a denuncias puestas por individuos contra la policía por prácticas racistas bajo la sección 6 del Civil Rights Act (Acta de Derechos Civiles) de 1965. Sin embargo, creo que Fitch propone quizás la reforma más fácil de poner en práctica, y una reforma muy importante al respecto de resolver el problema. Como revelan los análisis los casos de Bostick y Drayton por un lado, y las informaciones empíricas con respecto al *profiling* racial por otro, la mala suerte circunstancial de nacer como miembro de una *raza* minoritaria o de una clase económica relativamente baja pueden resultar en discriminaciones muy importantes. Sin embargo, Fitch propone una solución mitigadora de la influencia de la suerte y elegante por su sencillez. La llamada prueba de la persona razonable, originándose en el Derecho Civil, normalmente constituye una de las labores principales del juez que se encargue del caso en cuestión, aun cuando se trata de un caso de Derecho Penal. Fitch propone que los miembros del jurado son capacitados en mayor grado para realizar la prueba de la razonabilidad que la enorme mayoría de los jueces; los jueces tienden a ser hombres de una edad más o menos avanzada, con una formación académica extremadamente alta y de *raza* blanca, mientras que la variación demográfica y formativa dentro de un jurado suele ser algo más

---

<sup>169</sup> Idem, p. 37.

<sup>170</sup> Idem, pp. 31.

<sup>171</sup> Idem, p. 52-55.

marcada, así permitiendo que el jurado llegue a una determinación más verdaderamente razonable sobre lo que debería de sentir una persona involucrada con el sistema penal<sup>172</sup>.

### ***3.3.2: La suerte constitutiva y la tutela judicial efectiva.***

Otro derecho frecuentemente vulnerado en los casos de individuos de *razas* minoritarias o de clases sociales desventajadas es el derecho a la tutela judicial efectiva. La protección de la tutela judicial efectiva por parte de los gobiernos estatales en Estados Unidos se convirtió en una obligación después de una sentencia de la Corte Suprema en el caso de Powell contra Alabama, en el cual el señor Powell, un varón de *raza* negra analfabeto y con retroceso mental fue condenado a la pena de muerte por violar y asesinar a una mujer de *raza* blanca sin que ningún abogado le defendiera. La Corte Suprema sentenció que los acusados indigentes involucrados en casos penales a nivel estatal tienen derecho a una tutela judicial efectiva, que frecuentemente se ve plasmada en la asignación de un abogado de oficio<sup>173</sup>. En el caso de Johnson contra Zerbst, el gobierno federal fue obligado a hacer la misma práctica en casos penales federales bajo la interpretación de la corte de la Sexta Enmienda a la constitución nacional<sup>174</sup>. En el caso de Griffin contra Illinois, al acusado le fue negado el derecho de apelar su condena por ser incapaz de pagar una tasa administrativa a la corte para que procesara su apelación; la Corte Suprema también declaró este conducto estatal como ilegal por discriminar contra un acusado por razones económicos<sup>175</sup>. Sin embargo, los casos más conocidos por la población general del país al respecto de la tutela judicial efectiva son los casos de Gideon contra Wainwright<sup>176</sup> y Douglas contra California<sup>177</sup>. En el primero, la Corte Suprema declaró que los estados tienen que

---

<sup>172</sup> Fitch “United States v. Drayton”, ob. cit., pp. 1636-7.

<sup>173</sup> COLE, D., *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*, ob. cit. p. 65 y *Powell v. Alabama*. 287 U.S. 45 (1932). Washington: Federal Appellate, 7/11/1932. Justia U. S. Supreme Court Center.

<sup>174</sup> COLE, D., *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*, ob. cit. pp. 67-8. Y *Johnson v. Zerbst*. 304 U.S. 458 (1938). Washington: Federal Appellate, 28/05/1938. Justia U. S. Supreme Court Center.

<sup>175</sup> COLE, D., *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*, ob. cit. p. 69. Y *Griffin v. Illinois*. 351 U.S. 12 (1956). Washington: Federal Appellate, 23/04/1956. Justia U. S. Supreme Court Center.

<sup>176</sup> *Gideon v. Wainwright*. 372 U.S. 335 (1963). Washington: Federal Appellate, 18/03/1963. Justia U. S. Supreme Court Center.

proporcionarles tutela judicial efectiva a acusados indigentes sin tomar en cuenta ni la naturaleza ni la gravedad de la ofensa, mientras que en el caso Douglas, el mismo tribunal declaró obligatorio que los estados proporcionen tutela judicial en la primera apelación de una condena sin que importara la naturaleza del delito presuntamente cometido<sup>178</sup>.

La época en la cual fue protegido con mayor vigor el derecho a la tutela judicial efectiva fue en los años 1960, cuando la Corte Suprema dictó varias sentencias conocidas en todo el mundo por los efectos que tuvieron en asegurar una igualdad formal para todos los norteamericanos sin tomar en cuenta circunstancias como la *raza*, la religión o el sexo. Sin embargo, la tutela judicial efectiva se vio fuertemente reducida durante las décadas de las 1970 y 1980. El primer paso fue el de limitar el derecho de los indigentes a tener un abogado presente antes del comienzo del procedimiento adversarial; para decirlo de otra manera, ni los estados ni el gobierno federal está obligado a proporcionarle a un acusado indigente ninguna representación legal hasta que el jurado haya sido seleccionado, y hasta que el acusado haya tenido una oportunidad de declarar su culpa o inocencia<sup>179</sup>. Para poner un ejemplo bastante común, cuando un testigo está llamado para identificar si, en su opinión, el acusado es la persona que vio cometiendo un delito, el Estado no tiene ninguna responsabilidad de proporcionarle al acusado con ninguna representación legal porque ese paso en concreto de un proceso penal no se considera adversarial. Luego, en el caso de Ross contra Moffett<sup>180</sup>, el derecho a la tutela judicial efectiva fue negado a los acusados indigentes después de la primera apelación de su condena. En un caso posterior, la misma lógica se extendió hasta casos capitales<sup>181</sup>. Quizás el golpe mortal al mito de la tutela judicial efectiva para las clases bajas vino en los casos de Strickland contra Washington<sup>182</sup> y los Estados Unidos Contra Cronick<sup>183</sup>, cuando la Corte Suprema sentenció que para que un abogado de oficio fuera

---

<sup>177</sup> *Douglas v. California*. 372 U.S. 353 (1963). Washington: Federal Appellate, 18/03/1963. Justia U. S. Supreme Court Center.

<sup>178</sup> COLE, D., *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*, ob. cit. pp. 64 y 70.

<sup>179</sup> *Idem*, p. 72.

<sup>180</sup> *Ross v. Moffitt*. 417 U. S. 600 (1974). Washington: Federal Appellate, 17/06/1974. Justia U. S. Supreme Court Center.

<sup>181</sup> COLE, D., *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*, ob. cit., pp. 73-4.

<sup>182</sup> *Strickland v. Washington*. 466 U.S. 668 (1984). Washington: Federal Appellate, 14/05/1984. Justia U. S. Supreme Court Center.

<sup>183</sup> *United States v. Cronick*. 466 U.S. 648 (1984). Washington: Federal Appellate, 14/05/1984. Justia U.S. Supreme Court Center.

declarado inefectivo, el acusado tendría que demostrar no simplemente la incompetencia de su propio abogado, sino que también tendría que demostrar un prejuicio activo por parte del abogado defensor contra el propio acusado no como miembro de un colectivo, sino en su caso concreto e individualizado<sup>184</sup>. Para demostrar lo difícil que es declarar a un abogado de oficio como inefectivo, en un caso capital en el estado de Georgia, el abogado de oficio en cuestión fue llevado detenido por conducir con un porcentaje de alcohol en su sangre más de tres veces el límite legal, y todavía el tribunal de última instancia le declaró efectivo en su deber de representarle al acusado porque éste no podría demostrar un prejuicio activo en su contra por parte de su defensor<sup>185</sup>. Como si no fuera demasiado alarmante la situación, la mayoría de los estados no tienen ningún requisito sobre el entrenamiento de los abogados utilizados en la representación de acusados indigentes. Es bastante común encontrar abogados de oficio en casos capitales que ni siquiera especializaban en el derecho Penal durante su carrera, o que solamente habían defendido uno o dos clientes antes de su primer caso capital<sup>186</sup>. Los fiscales no tienen estos problemas de inexperiencia, la mayoría de las jurisdicciones penales tienen requisitos rigurosos con respecto a su entrenamiento y su efectividad en lo que se refiere a la gestión de procesos penales y especialmente casos capitales, y la carga de casos para un fiscal es por lo general mucho menor que el cargo de su contraparte defensor.

Como una forma posible de proporcionar una resolución a este problema tan grave, Cole hace mención de dos proyectos importantes, uno a nivel estatal y otro a nivel federal, que han tenido resultados importantes en lo que se refiere a garantizar el acceso de acusados indigentes a defensores capacitados en casos de pena capital. El estado de Indiana tiene estándares rigurosos en cuanto a la experiencia que necesita un defensor público para argumentar casos de esta índole, y toda la evidencia empírica al respecto parece indicar dos datos importantes. Por un lado, han habido menos condenas a muerte desde la adopción de esas buenas prácticas, y por otro lado, los abogados fiscales piden la muerte de acusados condenados con menor frecuencia que era lo típico antes de la adopción de esta práctica. En términos generales, agrega que tanto los fiscales como los abogados de oficio están de acuerdo en que, por lo general, que un acusado disponga

---

<sup>184</sup> COLE, D., *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*, ob. cit., pp. 77-8.

<sup>185</sup> Idem, p. 80.

<sup>186</sup> Idem, pp. 84-7.



de un defensor capacitado cuando su vida pende de un hilo proporciona mayor justicia al sistema judicial en este estado<sup>187</sup>. Sin embargo, el sistema federal proporciona un dato más bien desalentador respecto de casos capitales. Para mitigar los efectos desigualitarios que tiene la indigencia en casos capitales, el congreso del país estableció varios death penalty resource centers (centros de recursos para casos capitales)<sup>188</sup> para que contrataran defensores especializados en defenderles a las personas acusadas de delitos especialmente graves. Un estudio llevado a cabo por el General Accounting Office (un organismo independiente del poder ejecutivo establecido por el congreso nacional para analizar los presupuestos del estado) en 1995 indica que la contratación de abogados individuales incapacitados cuesta más de dos veces lo que cuesta emplear centros de recursos para los casos capitales. Sin embargo, el gobierno federal dejó de proporcionar fondos a esos centros en el mismo año en el que el estudio recién mencionado fue publicado, un acontecimiento que puede utilizar cualquier lector para sacar sus propias conclusiones al respecto de la importancia que tienen los derechos de las personas indigentes en el sistema penal nacional<sup>189</sup>. Cole plantea que esa decisión y muchas otras igualmente discriminatorias en contra de los acusados indigentes en las varias etapas que puede llegar a tener un proceso penal han sido deliberadas, o que por lo menos le convienen a los poderes fácticos económicos del país; un sistema penal donde todo el mundo tiene la capacidad de defenderse de la manera frecuentemente empleada por personas de las clases altas costaría mucho más tiempo y dinero que lo que cuesta litigar en el sistema judicial como está estructurado en este momento. Sin embargo, el impacto cae encima de los propios acusados indigentes (y en su mayoría de *razas* o etnias minoritarias) que más necesitan que funcione de manera igualitaria el sistema judicial, tomando en cuenta que no reciben un trato igualitario en ningún otro ámbito de la vida social y económica del país.

A mi modo de ver, lo más triste de la falta de tutela judicial efectiva por parte de los acusados indigentes no queda en la propia vulneración de los derechos, sino en lo fácil que sería de resolver (por lo menos de manera paliativa). Boccaccini y Brodsky han escrito un artículo en el que describen las características del abogado defensor ideal desde el perspectiva de la persona

---

<sup>187</sup> Idem, pp. 91-2.

<sup>188</sup> La traducción es mía.

<sup>189</sup> Idem, pp. 93-4.

acusada, en el que pidió a personas encarceladas en varios estados que hicieran una comparación entre el abogado de oficio en el último caso penal en el que fueran involucradas y un hipotético abogado ideal. Francamente, veo que el artículo saca demasiadas conclusiones estadísticas para analizarlas de manera individual, pero hacer un resumen del artículo a grandes pinceladas resulta fácil y conveniente a la vez. Se puede pensar en las características más frecuentemente citadas a través de un ejercicio del sentido común. La enorme mayoría de las personas dijo que el abogado de oficio tiene que poseer la capacidad de escuchar atentamente a su cliente, tiene que por lo menos aparentar que crea en la inocencia y la honestidad de la persona acusada, tiene que proporcionarle al acusado con información respecto a sus opciones tácticas a la hora de enfrentarse con el abogado fiscal y los testigos llamados por la fiscalía, tiene que avisar al acusado con cierta frecuencia sobre el estado de los trámites administrativos tan comunes en casos penales, y tiene que procura dentro de sus posibilidades de que en el caso de que su cliente resulte declarado culpable que la condena por lo menos se cumpla bajo condiciones mínimamente dignas<sup>190</sup>.

El hecho de que ha resultado necesario que estas ideas tan aparentemente sencillas sean el objeto de discusión académica resulta francamente triste. No tengo duda de que si la situación fuera al revés, y la mayoría de los acusados no indigentes también tuvieran abogados que no siguieran buenas prácticas tan obvias como las mencionadas en este artículo, el descontento social tan masivo que seguramente sería provocado sería lo suficiente para iniciar una revista de la defensa de los acusados en casos penales de forma comprensiva. Sin embargo, por resultado de la mala suerte circunstancial y constitutiva que les ha tocado a los acusados con bajos recursos económicos de verse situado en una clase social particularmente desventajada, no tienen ni la representación adecuada que les es debida, ni posibilidades muy grandes de que la situación experimente cambios significativos en el futuro. Por cierto, los abogados defensores no son precisamente los únicos culpables de una situación en la que la cancha de juego resulta bastante desnivel en contra de sus clientes. Para mitigar los efectos de esta mala suerte en particular, habría que disminuir de forma drástica el cargo de casos que tiene cada abogado de oficio, y habría que implementar más salvaguardias procedimentales a favor del acusado y obligar que su

---

<sup>190</sup> BOCCACCINI, M.T. y BRODSKY, S.L., “Characteristics of the Ideal Criminal Defense Attorney from the Client's Perspective: Empirical Findings and Implications for Legal Practice”, *Law Psychology Review*, 2001, vol. 25, pp. 81.

representante esté presente en todas y cada una de las fases del proceso judicial. O quizás la solución sea mirar el otro lado de la moneda y reducir las protecciones constitucionales para la totalidad de la población, prohibiendo por ejemplo la contratación de defensores privados o imponiendo un límite en la cantidad de dinero que puede gastar un acusado en su defensa. Creo que la primera solución es bastante más atractivo que la segunda, por lo menos desde el punto de vista de la legitimidad democrática del estado de Derecho norteamericano, pero alguna solución o quizás una combinación de las dos aquí propuestas de forma muy resumida tendrá que ser adoptada si de verdad se toma en serio la reducción de las desigualdades provocadas por la indigencia en el sistema penal.

### ***3.3.3: La suerte constitutiva en la selección de los jurados.***

El próximo ámbito en el que vemos la operación de la discriminación racial, y quizás el más importante respecto al sistema penal tiene que ver con la selección de los jurados. Cole empieza esta sección de su libro planteando un dilema de vital importancia, dilema que la sociedad norteamericana y los tribunales judiciales en particular han sido incapaces de resolver a lo largo de la historia nacional. Antes de plantear la pregunta de Cole, sin embargo, veo la necesidad de aclarar el proceso de selección de jurados en el sistema estadounidense para el lector que quizás no entienda dicho proceso en toda su complejidad. En el sistema judicial estadounidense, la culpa o la inocencia de un acusado particular es decidida en la enorme mayoría de los casos penales por un jurado de 12 individuos después de un proceso de selección en el cual tanto el fiscal como el defensor pueden eliminar cualquier candidato sin la necesidad de proporcionar ninguna razón al respecto. Aquí cabe notar que, como ha sido discutido anteriormente, el proceso de selección del jurado no se considera un procedimiento adversarial en sentido estricto. Siendo así, la mayoría de los acusados de bajos recursos económicos no tienen la oportunidad de ser representados a lo largo de este proceso en la mayoría de las jurisdicciones penales del país. En la mayoría de los casos, el mismo jurado que se responsabiliza de determinar la culpa o inocencia también tiene la obligación de llegar a una condena si el acusado está declarado culpable por el delito en cuestión. Cole examina este estado de asuntos con la siguiente pregunta; ¿si no hay que proporcionar ninguna razón por la exclusión

de un candidato a un jurado particular, y si el propio jurado no ha de proporcionar su razonamiento a la hora de llegar a una determinación de culpa o inocencia, cómo es posible prevenir la discriminación racial a lo largo de un proceso que permite tantos espacios para que entren prejuicios racistas, clasistas o de cualquier otro tipo en las respectivas mentes de los abogados que influyen en la selección de un jurado, y en la opinión del propio jurado a la hora de cumplir su función<sup>191</sup>?

El primer caso en el cual fue limitado la prerrogativa absoluta por parte de los fiscales de seleccionar un jurado a su gusto fue el de *Strauder contra West Virginia*, donde la Corte Suprema dijo que negarle a una persona un puesto en un jurado solamente a base de su *raza* violaba la Sexta Enmienda a la constitución nacional después de que el congreso aprobara una ley prohibiendo tal discriminación en 1875. Sin embargo, hasta la década de los 1930 la Corte Suprema dictó varias sentencias que apoyaron los veredictos de tribunales de primera instancia, incluso en casos donde la discriminación a base de la *raza* n lo que se refería a la selección del jurado fue evidente y deliberada<sup>192</sup>. En 1935, sin embargo, este tribunal modificó sus interpretaciones anteriores en los respectivos casos de *Patterson*<sup>193</sup> y *Norris contra Alabama*<sup>194</sup>, dictando que habría que invalidar la selección de cualquier jurado en el caso de que el acusado pudiera presentar evidencias estadísticamente significativas de una discriminación racial al respecto que perjudicase sus intereses<sup>195</sup>. Sin embargo, los avances desde los años 1930 hasta nuestros días en esta materia en concreta han sido muy pocos y limitados. Esquemas de selección de jurados han sido validados en casos donde los nombres de personas de *raza* negra fueron escritos en una letra diferente a los nombres de candidatos de *raza* blanca para que los fiscales supieran quien tenían que excluir, y un caso particular en el cual solamente 3% de los candidatos a selección a un jurado eran de *raza* negra en un condado donde la población negra alcanzaba el

---

<sup>191</sup> COLE, D., *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*, ob. cit., pp. 101-5.

<sup>192</sup> Idem, pp. 105-6 y *Strauder v. West Virginia*. 100 U.S. 303 (1879). Washington: Federal Appellate, 1879/1880. Justia U. S. Supreme Court Center.

<sup>193</sup> *Patterson v. Alabama*. 294 U.S. 600 (1935). Washington: Federal Appellate, 04/01/1935. Justia U. S. Supreme Court Center.

<sup>194</sup> *Norris V. Alabama*. 294 U.S. 587 (1935). Washington: Federal Appellate, 04/01/1935. Justia U. S. Supreme Court Center.

<sup>195</sup> COLE, D., *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*, ob. cit., pp. 109-11.

19%<sup>196</sup>. Cole plantea una razón por la pequeña cantidad de avances en esta materia en particular a través de su análisis de dos doctrinas jurisprudenciales de la Corte Suprema. Por un lado, la corte ha interpretado que la Sexta Enmienda a la constitución prohíbe la discriminación racial explícita en la selección de jurados, mientras que la interpretación del mismo tribunal respecto a la Decimocuarta Enmienda ha establecido que la composición racial de un jurado en particular no puede ser tomada en cuenta a la hora de determinar la existencia de discriminación.

Si hay una medida en particular que asegura la naturaleza discriminatoria de la composición de muchos jurados en los Estados Unidos en casos penales involucrando acusados de *razas* minoritarias, se trata de la llamada “peremptory challenge” (desafío perentorio)<sup>197</sup>, un concepto bajo el cual cualquier abogado puede remover una persona de la lista de los candidatos a un jurado sin ser obligado a proporcionar explicación ninguna de su razonamiento. Según Cole, la mayoría de la evidencia estadística disponible al respecto indica que los desafíos perentorios se emplean con mayor frecuencia contra mujeres que contra hombres, y con mayor frecuencia contra personas de *raza* negra que en contra de personas de *raza* blanca; los manuales proporcionados a fiscales para la selección de jurados admiten el uso de dicha táctica con franqueza, planteando que la exclusión de personas de *raza* negra y mujeres de los jurados es deseable siempre y cuando el acusado sea de un grupo minoritario. En un caso particularmente notorio, el fiscal responsable por la persecución de casos penales en la ciudad de Philadelphia, Pennsylvania hizo un video a propósito de entrenar otros fiscales en el cual argumentó a favor de la exclusión de personas de *raza* negra, y especialmente de mujeres de los jurados<sup>198</sup>. Esta táctica es particularmente eficaz cuando uno considera que en una lista de ciudadanos seleccionados al azar por posible servicio como parte de un jurado, las personas de *razas* minoritarias por definición constituirán una minoría de las personas en la lista; un número relativamente pequeño de desafíos perentorios entonces servirá para prevenir que una gran mayoría de esas personas no sean consideradas para un jurado en particular.

---

<sup>196</sup> Idem, pp. 111-114.

<sup>197</sup> La traducción es mía.

<sup>198</sup> Idem, pp. 217-8. He intentado conseguir una copia del video en cuestión, pero el ayuntamiento de la ciudad de Philadelphia no ha respondido a varios pedidos telefónicos y a través del correo electrónico. Por esta razón, utilizo la cita de Cole al respecto.

Los avances que la justicia norteamericana ha llevado a cabo en esta materia son pequeñas, y a mi modo de ver, de muy poca importancia práctica. En el caso de *Battson* contra Kentucky de 1986, la Corte Suprema declaró inválidos los desafíos perentorios a base de *raza*; sin embargo, la manera que impuso en su sentencia a través de la cual la naturaleza racista de los desafíos ha de ser determinada, porque los fiscales solamente han de declarar que la *raza* no jugó ningún papel determinante en su decisión<sup>199</sup>. Para que un juez en un caso penal particular determine que el fiscal haya actuado de manera racista, tiene que implicar una falta de honestidad por parte de éste último<sup>200</sup>. Resulta difícil pedirle a cualquier juez que declare a su colega fiscal como mentiroso, porque la mayoría de los jueces del país en algún momento han sido fiscales, y muchos jueces tienen relaciones sociales bastante íntimas con sus colegas fiscales, mientras que los defensores públicos suelen venir de clases sociales más bajas sin la cantidad de enchufes personales fácilmente visibles en el caso de un juez o de un fiscal. En segundo lugar, es muy difícil de llegar a la conclusión de que un fiscal en particular actuara de manera racista a la hora de hacer un desafío perentorio en un caso concreto, porque la inmensa mayoría de los casos llevados ante tribunales de segunda y tercera instancia son investigados simplemente a través de mirar el expediente del caso en primer instancia, proceso que proporciona al tribunal de apelación muy poca información sobre los motivos posibles por los desafíos perentorios bajo apelación<sup>201</sup>.

Aunque la eliminación (o por lo menos la regulación estricta) de los desafíos perentorios produciría muchos mejores resultados en términos de la justicia y la igualdad del sistema penal estadounidense, hay varios argumentos en contra de la limitación de esta práctica que probablemente prevengan su adaptación en un futuro cercano. En primer lugar, para que un acusado sea declarado culpable de un delito, el veredicto del jurado en su caso ha de ser unánime en su contra. En el caso de que el jurado no pueda llegar a un veredicto de culpable de manera unánime, otro jurado ha de ser seleccionado y el caso ha de volver a comenzar, si es que no se declare el acusado como inocente; es altamente probable, entonces, que la selección de jurados verdaderamente representativos en términos de *raza* y de género provocaría un gasto económico

---

<sup>199</sup> Idem, pp. 220-1. Y *Batson v. Kentucky*. 476 U.S. 79 (1986). Washington: Federal Appellate, 30/04/1986. Justia U. S. Supreme Court Center..

<sup>200</sup> COLE, D., *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*, ob. cit., p. 221.

<sup>201</sup> Idem, pp. 122-3.

bastante alto por la cantidad de casos que habrían que ser juzgados más de una vez. Sin embargo, Cole se encuentra plenamente a favor de la regulación de los desafíos perentorios, argumentando que, si los abogados de ambos lados del caso fueran obligados a proporcionar sus razonamientos por la eliminación de ciertos candidatos al jurado, podrían todavía existir los desafíos perentorios pero de una forma bastante modificada. Toda la evidencia relevante indica que las personas pertenecientes a *razas* minoritarias en los Estados Unidos se sienten una desconfianza profunda respecto de la igualdad del sistema penal; si fueran seleccionadas a servir como miembros de los jurados, sin embargo, el alto coste económico que quizás resultara de la repetición de algunos juicios se vería más que compensada por una confianza aumentada por parte de personas en desventaja en el sistema judicial de su país<sup>202</sup>. Sin embargo, existe otra opción que Cole no menciona, presumiblemente por la falta de atractivo que tiene respecto a los derechos constitucionales de los acusados. Si no fueran permitidos los desafíos perentorios, quizás habría que revocar la necesidad de unanimidad del jurado para llegar a una declaración de culpabilidad. Personalmente, estaría en pleno desacuerdo con esta idea pero la eliminación de una práctica muchas veces discriminatoria a mi modo de ver tendría mayores efectos positivos que los efectos negativos de obligar una mayoría cualificada en vez de la unanimidad para declarar la culpabilidad del acusado. Aunque este sistema supusiera una reducción de los derechos ahora considerados como necesarios, por lo menos eliminaría los efectos discriminatorios que permite la eliminación de un candidato a un jurado simplemente por resultado de haber nacido como miembro de un grupo supuestamente más proclive a votar en contra de la culpabilidad del acusado. Se puede permitir la disminución de los derechos constitucionales siempre y cuando se imponga dicha disminución de manera estrictamente igualitaria, y la eliminación o la severa regulación de los desafíos perentorios por lo menos parece cumplir este requisito moral básico.

El *profiling* racial en lo que se refiere al sistema penal norteamericano en general, y a la selección de los jurados en particular ha sido el objeto de análisis de un artículo interesante escrita por la jurista británica Annibel Lever. Mientras el artículo hace hincapié en el sistema británico, a mi modo de ver, todavía se pueden extraer conclusiones valiosas respecto al mismo proceso en el sistema estadounidense. En primer lugar, el enfoque del artículo está en el *profiling* preventivo, la especie que tiene que ver con el análisis probabilístico de que una persona de un

---

<sup>202</sup> Idem, pp. 125-126.

cierto grupo racial cometa un delito, o tome una posición no deseada con respecto a la determinación de la culpa o la inocencia del acusado<sup>203</sup>. Dicho análisis, y el *profiling* que le acompaña son prácticas no éticas por tres razones según Lever. En primer lugar, mientras que las circunstancias específicas de un delito son el sujeto de bastante polémica en la enorme mayoría de los casos penales, el *profiling* preventivo no admite a consideración las circunstancias históricas de las vidas de los individuos perfilados, tanto los acusados de haber cometido un delito como los prospectivos miembros del jurado que determina la culpa o la inocencia del acusado. Más importante todavía es el hecho de que el *profiling* agrupa a las personas en términos de su *raza*, y por resultado de este proceso, agrava las desigualdades raciales que la sociedad tiene la responsabilidad de corregir en la medida de lo posible. Por fin, como resultado indirecto y quizás no intencional de afectar de manera negativa a las personas de *razas* minoritarias, también implica una discriminación sexual; presupone que los varones de *razas* minoritarias expresen una tendencia hacia vulnerar los derechos de las mujeres de *raza* blanca, mientras no toma en cuenta los posibles vulneraciones de los derechos de mujeres de *razas* minoritarias por parte de posibles agresores de *raza* blanca. Los efectos son casi más alarmantes (si eso resulta posible) a la hora de llegar a la selección de los jurados. En su análisis de una encuesta llevada a cabo por el gobierno británico que pretendía medir la justicia (o falta de ella) de seleccionar solamente personas de *raza* blanca para servicio en los jurados de ese país, indican que las posibilidades que tiene una persona acusada de ser declarada culpable del delito en cuestión se varían de manera drástica dependiendo de la *raza* del acusado, la *raza* de los miembros del jurado, y el lugar específico en el cual fue cometido el delito. Las personas de *raza* blanca en Nottinghamshire, por ejemplo, tienen una probabilidad de ser condenados en casos de hurtos siete veces menor a una persona de *raza* negra quien vive en Londres que se encuentra acusada del mismo delito<sup>204</sup>.

La información proporcionada por Cole y Lever me obliga a llegar a una conclusión inescapable. Nos gusta o no admitirlo, la *raza* de los miembros de un jurado parece tener efectos sumamente importantes en el sistema penal, tanto a nivel estadounidense como a nivel británico. Una persona verdaderamente igualitarista no puede permitir la existencia de dichas

---

<sup>203</sup> LEVER, A. "Treating People as Equals: Ethical Objections to Racial Profiling and the Composition of Juries", *The Journal of Ethics* 2011, vol. 15, no. 1, pp. 61-66.

<sup>204</sup> Idem, pp. 73 en adelante y especialmente pp. 73-4.



discriminaciones precisamente por la falta de control que ejerce el individuo sobre la *raza* de su nacimiento. Aun si no se pudiera encontrar ninguna otra razón que fuera válida, entonces, un jurado cuyos miembros pertenecen a la misma *raza* es en muchos casos un jurado arreglado, lo que presupone una discriminación intolerable. Por fin, creo que resulta importante hacer una aclaración. En todos estos casos de la selección de un jurado, he demostrado los efectos perjudiciales que la naturaleza discriminatoria de este proceso puede tener en el acusado. Este hecho, sin embargo, no excluye de consideración la posibilidad de que la misma situación puede operar en contra de los intereses del estado y los abogados fiscales. En el sistema norteamericano, por ejemplo, el abogado de oficio también puede hacer desafíos perentorias sin que estén cuestionados en la forma más mínima, y si es que se puede comprobar la existencia de algún caso en el que el jurado fuese arreglado a favor de la defensa, tampoco resultaría correcto ni en términos de la justicia ni en términos de garantizar en la medida de lo posible una suerte igualitaria para ambos lados del caso en cuestión.

### ***3.3.4: La suerte constitutiva y la pena de muerte.***

Como no podía ser de otra manera, la discriminación racial tan evidente en el resto del sistema penal estadounidense también se extiende hasta los casos capitales. Desde 1976 hasta 1998, hubo siete personas de *raza* blanca ejecutadas por asesinar a personas de *raza* negra, y 115 casos donde las circunstancias fueron al revés<sup>205</sup>. En términos generales, personas acusadas de asesinar a víctimas de *raza* blanca tienen una probabilidad 4,3 veces más alta de sufrir la pena de muerte que las personas que asesinan a víctimas de *raza* negra<sup>206</sup>. En el caso polémico de McCleskey contra Kemp, la Corte Suprema declaró válido la condena de muerte impuesto en un señor McCleskey (un varón de *raza* negra), a pesar del hecho de que lograra presentar información estadística que apuntaba al prejuicio sistemático del sistema judicial en el estado de Georgia (el lugar del delito) por ejecutar a personas de *raza* negra con una frecuencia significativamente mayor que lo que sería proporcional a la gravedad de sus delitos y a su peso demográfico. Según la opinión mayoritaria, el hecho de que fuera capaz de presentar estadísticas

---

<sup>205</sup> COLE, D., *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*, ob. cit., p. 132.

<sup>206</sup> Idem, p. 133-134.

sobre la discriminación racial tan común en su estado no necesariamente indicaba que existiera ninguna discriminación al respecto de su caso particular, ni menos que existiera cierto prejuicio contra él como individuo de *raza* negra, así obligándoles a otros acusados en situaciones parecidas a comprobar la existencia de discriminaciones en sus respectivos casos y también de algún prejuicio por parte de un representante de la justicia contra ellos como particulares<sup>207</sup>. Estos requisitos son tan estrictos que no han sido alcanzados jamás<sup>208</sup>. A pesar de que existe un debate feroz en los círculos jurídicos en Estados Unidos sobre el tema, el planteamiento de Cole al respecto es particularmente interesante. Según el análisis que hace Cole de la sentencia dictada en el caso McCleskey, la mayoría de la corte que desestimó la petición del acusado estaba preocupado de que una sentencia estimadora de su petición pudiera de alguna forma menoscabar el papel jugado por el jurado particular del caso en la defensa de los derechos de minorías en el estado de derecho norteamericano. Según ese autor, la opinión en el caso McCleskey es contradictoria y poco fundada en la lógica; mientras que afirma que existe un deber incumplido por parte de los poderes legislativos del país al respecto de la imposición de prácticas uniformes de obligatorio cumplimiento a la hora de permitir que un jurado llegue a una condena de muerte, a la vez desincentiva a cualquier poder legislativo que abarque un tema de tal complejidad jurídico y social como es la pena de muerte a través de su razonamiento jurídico que parece negar la existencia de ningún problema de índole constitucional por no haber estimado la petición de McCleskey en el primer lugar. Estoy plenamente de acuerdo con Cole al respecto. Si la Corte Suprema ha llegado a establecer la naturaleza constitucional de la pena de muerte tal y como existe ahora, los poderes legislativos no tienen ninguna razón de imponer prácticas obligatorias en una materia tan compleja, especialmente cuando hablamos de un sistema de cierta manera democrática que es el sistema estadounidense, en el cual algunos miembros particulares del poder legislativo podrían fácilmente perder sus escaños si llegaran a una solución particularmente inquietante para la mayoría de la población, sin que importara los méritos filosóficos o los deseos de crear un sistema penal más justo que les respalden<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> Idem, pp. 135-8. Y *McCleskey v. Kemp*. 481 U.S. 279 (1987). Washington: Federal Appellate, 22/04/1987. Justia U.S. Supreme Court Center.

<sup>208</sup> COLE, D., *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*, ob. cit., p. 136-141.

<sup>209</sup> Un artículo que analiza en mayor detalle las estadísticas presentadas por McCleskey, la opinión mayoritaria de la Corte Suprema que desestimó la relevancia de dicha información, y la naturaleza discriminatoria de la implementación de la pena capital viene de Randall Kennedy. No lo utilizo en mayor detalle porque hace

Un pensamiento más perturbador todavía viene de Robert Burt en su artículo “Disorder in the Court: the Death Penalty and the Constitution”, en el que plantea que los casos marco más recientes respecto a la pena capital reflejan una tendencia sumamente negativa en el derecho y la sociedad norteamericanos hacia aceptar la inevitabilidad del conflicto y la injusticia en vez de perseguir la justicia y la paz sociales<sup>210</sup>. En el caso de *Witherspoon contra Illinois*<sup>211</sup>, la Corte Suprema sentenció que los fiscales y los jueces en casos capitales carecían del poder de excluir un prospectivo miembro del jurado por admitir la existencia de escrúpulos personales con respecto a la justicia de la pena de muerte como opción posible a la hora de determinar una condena; mientras que la pena de muerte estaba en aquél entonces firmemente plasmado en el derecho norteamericano (tanto a nivel federal como a nivel de la abrumadora mayoría de los estados), la Corte consideró que opiniones contrarias a la pena de muerte no podían excluirle a un posible miembro del jurado al no ser que dichas opiniones no fueran absolutamente e irrevocablemente contrarias a la imposición de dicha pena<sup>212</sup>. Esta sentencia, y varias otras dictadas por la Corte Suprema a desde finales de la década de los 1950 hasta principios de la década de los 1970 llevan la marca distinta del juez Earl Warren, presidente de dicho tribunal en aquél entonces. Mientras estaban de acuerdo con una lectura estricta del texto constitucional y por esa razón se disponían de impecables credenciales jurídicas, todavía fueron capaces de admitir una pluralidad de posibles interpretaciones y frecuentemente fueron decididas o de manera unánime, o por lo menos con pocos jueces del tribunal en desacuerdo explícito con la opinión mayoritaria<sup>213</sup>. Desde la abolición temporal de la condena de muerte en el caso de *Furman contra Georgia* del año 1972<sup>214</sup>, sin embargo, las opiniones de la corte han sido muy

---

argumentos constitucionales parecidos (aunque no idénticos) a los argumentos de Cole, pero Kennedy también presenta unas sugerencias novedosas para la eliminación de discriminaciones raciales en este ámbito tan importante. Para más detalles, véase KENNEDY, R.L., “McCleskey v. Kemp. Race, Capital Punishment and the Supreme Court”, *Harvard Law Review*, 1988, vol. 101, no. 7. pp. 1388-1644.

<sup>210</sup> BURT, R.A., “Disorder in the Court: The Death Penalty and the Constitution”, *Yale Faculty Scholarship Series*. Paper 804, pp. 17412.

<sup>211</sup> *Witherspoon v. Illinois*. 391 U.S. 510 (1968). Washington: Federal Appellate, 03/06/1968. Justia U. S. Supreme Court Center.

<sup>212</sup> BURT, R.A., “Disorder in the Court: The Death Penalty and the Constitution”, ob. cit., pp. 17476-7.

<sup>213</sup> *Idem*, p. 1750.

<sup>214</sup> *Furman v. Georgia*. 408 U.S. 238 (1972). Washington: Federal Appellate, 29/06/1972. Justia U. S. Supreme Court Center.

divididas, decididas frecuentemente con cinco jueces a favor y cuatro en contra, especialmente en casos bastante polémicos al respecto de la pena de muerte<sup>215</sup>. Esta tendencia hacia la división de opiniones en el tribunal más alto de la nación es preocupante para Burt, y debería de preocuparle a cualquier persona que valore el estado de Derecho norteamericano por dos razones. En primer lugar, la gran mayoría de los casos desde el año 1972 en adelante han menoscabado las protecciones previamente proporcionadas a personas condenadas en casos potencialmente capitales, el anteriormente mencionado caso de McCleskey contra Kemp siendo quizás el ejemplo clásico de dicha tendencia reduccionista<sup>216</sup>. En segundo lugar, la división de opinión en la Corte Suprema, y el texto litoral de varias opiniones mayoritarias revela una falta de tolerancia hacia las opiniones contrarias a la pena de muerte y una visión de la sociedad rígidamente dividida entre los a favor y los en contra de la pena capital por parte de sus autores. Por ejemplo, en el caso de Lockhart contra McCree<sup>217</sup>, en el cual la Corte sentenció que no había necesidad de convocar jurados separados para la fase condenatoria de los casos capitales, Burt hace una lectura de la opinión mayoritaria en la que implica que el juez Rehnquist, escritor de la opinión, plantea que las personas en contra de la pena capital carecían de virtudes cívicas por sus escrúpulos a la hora de negar de imponer una pena firmemente establecida desde un punto de vista constitucional<sup>218</sup>. Esta división de opiniones en la Corte y la nación es preocupante por dos razones. En primer lugar, siempre resulta preocupante cuando la vida o la muerte de una persona es decidida por un solo voto de un tribunal cuya jurisdicción resulta distante, tanto geográficamente como jurídicamente de la persona ejecutada. En segundo lugar, el caso Lockhart, por contradecir el precedente establecido en el caso Witherspoon pocas décadas antes, parece anular cualquier imagen de seguridad jurídica que pudiera haber existido respecto a la pena capital en Estados Unidos. Entonces, si una persona se encuentra acusada de un delito capital, su vida puede depender no solamente de su *raza* o quizás de su clase social si tiene bajos

---

<sup>215</sup> BURT, R.A., “Disorder in the Court: The Death Penalty and the Constitution”, ob. cit., pp. 1751 y siguientes.

<sup>216</sup> Idem, pp. 1761-8 y especialmente 1796-7.

<sup>217</sup> *Lockhart v. McCree*. 476 U.S. 162 (1986). Washington: Federal Appellate, 05/05/1986. Justia U.S. Supreme Court Center.

<sup>218</sup> BURT, R.A., “Disorder in the Court: The Death Penalty and the Constitution”, ob. cit. Y especialmente pp. 1786-8.

recursos económicos, sino que también puede ser sujeta a la década en la cual nació, y las personalidades específicas de los jueces que dictan la sentencia perteneciente a su caso.

### ***3.3.5: La suerte constitutiva y la guerra contra las drogas.***

Otra área del ámbito penal en el cual las personas de *razas* minoritarias se encuentran en una desventaja sistemática en los Estados Unidos tiene que ver con la llamada “guerra contra las drogas” y la consunción de sustancias controladas. Esta discriminación ha existido durante un período de varias décadas, empezando de manera definitiva después de la ilegalización del cánnabis en Estados Unidos, una sustancia fumada mayoritariamente por personas de *raza* negra al momento de su ilegalización a nivel nacional en 1927; sin embargo, con la llegada del movimiento hippy en los años 60 y el aumento en el número de jóvenes de *raza* blanca quienes empezaron a fumarse el cánnabis, el congreso nacional y los poderes legislativos estatales empezaron a reducir las condenas penales asociados con este delito<sup>219</sup>. Existe un proceso bastante parecido en lo que se refiere a la cocaína y sus sustancias derivadas. El llamado “crack” es una sustancia derivada de la cocaína pero mezclado con otros químicos para que el usuario se lo pueda fumar a través de una especie de cachimba, mientras que la introducción al cuerpo de la cocaína natural (que normalmente toma la forma de un polvo) se realiza a través de la nariz o con una inyección para que entre en la sangre de manera más directa. Siendo una sustancia menos pura en términos del porcentaje de cocaína, se vende el “crack” a un precio marcadamente más bajo que la cocaína en forma de polvo, por la que se cobra un precio más alto por su mayor pureza y la menor cantidad de riesgos a la salud del usuario asociados con ella. Como no podía ser de otra manera, toda la información disponible al respecto del uso respectivo de esas sustancias en términos demográficos indica que una amplia mayoría de usuarios de la cocaína en forma de polvo son personas de clases económicas relativamente altas y generalmente de *raza* blanca, mientras que el uso del “crack” se presenta más en las clases bajas y las personas de *razas* minoritarias, especialmente la negra. Sin embargo, la condena mínima según las leyes federales vigentes al respecto por el uso del “crack” es 100 veces más alta que la condena

---

<sup>219</sup> COLE, D., *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*, ob. cit., p. 8 y pp. 151-2.

asociada con el uso de la cocaína en forma de polvo<sup>220</sup>. Parece que mientras aproximadamente el 62% de los usuarios del “crack” son de *raza* negra, y las personas de dicha *raza* representan el 90% de los acusados en los casos penales asociados con esta droga; solamente el 4.2% de los condenados por uso de “crack” son de *raza* blanca según estadísticas citadas por Cole. Existen varios ejemplos de personas de *raza* negra siendo condenadas por delitos involucrando el “crack” que han apelado sus convicciones intentando comprobar la existencia de una discriminación racial al respecto, pero la doctrina empleada en los tribunales federales casi de forma exclusiva ha estimado que la existencia de diferencias estadísticas tan significativas como las recién mencionadas no necesariamente indica que las secciones relevantes de los Códigos Penales bajo discusión fueran redactadas con la intención expresa de discriminar, ni en contra de la *raza* negra en general ni en contra de los individuos específicos involucrados en casos particulares.

A pesar de lo que puedan sostener los tribunales de la justicia al respecto, la llamada guerra contra las drogas ha tenido efectos muy desproporcionados en la comunidad negra, las condenas de cárcel exageradas siendo solamente uno de los más visibles de ellos. Sin embargo, los efectos van mucho más allá de una discriminación en contra de las clases bajas y las minorías raciales por resultado de la sustancia narcótica que ciertos miembros de dichos grupos eligen consumir; la guerra contra las drogas también ha tenido un efecto empíricamente verificable en el tamaño y la composición demográfica de la población carcelaria estadounidense. Entre 1985 y 1995, por ejemplo, la población carcelaria estadounidense se aumentó por 154.361 encarcelados, un aumento de 84%, con los delitos involucrando las drogas suponiendo más de la mitad de dicho aumento, mientras menos que la cuarta parte del total se involucraba delitos violentos o victimizaba a personas físicas en vez de la propiedad o las personas jurídicas<sup>221</sup>. Ya sabemos que la guerra contra las drogas afecta más a las personas de *raza* negra o de la clase baja en términos de la duración de sus condenas una vez declaradas como culpables, pero Bobo y Thomson también plantean que la guerra contra las drogas afecta de manera desproporcionada a las capacidades de las personas condenadas de encontrar empleo después de su salida de la cárcel; un estudio citado en su artículo indica estadísticas verdaderamente inquietantes al respecto.

---

<sup>220</sup> Idem, p. 142.

<sup>221</sup> BOBO, L.D. and THOMPSON, V. “Unfair by Design: The War on Drugs, Race, and the Legitimacy of the Criminal Justice System”, *Social Research: An International Quarterly*, 2006, vol. 73, no. 2, pp. 445-472, p. 451.

Después de entregar un currículum a un posible empleador, personas de *raza* blanca sin antecedentes penales reciben una llamada telefónica notificándoles de la decisión del empleador en aproximadamente 33% de los casos, mientras que solamente el 14% de las personas de *raza* negra sin antecedentes penales reciben la misma cortesía; cuando se trata de una persona que sí tiene antecedentes penales, mientras que el 17% de las personas de *raza* blanca reciben una llamada, la estadística es de solamente el 5% en el caso de personas de *raza* negra<sup>222</sup>. Aquí cabe repetir que se refiere a las posibilidades de recibir una llamada de cortesía, y no a las posibilidades de que la persona en cuestión sea entrevistada por el trabajo que haya solicitado; entonces a pesar de que no parecen haber estadísticas al respecto de la obtención del empleo solicitado, se puede concluir con bastante seguridad que las posibilidades de que una persona de *raza* negra con antecedentes criminales reciba un empleo en la economía formal después de salir de la cárcel son casi no existentes. Bobo y Thomson hicieron su propia encuesta en la que llegaron a una conclusión tan triste como lo es obvia tomando en cuenta la evidencia de las pruebas anteriormente citadas; las personas de *raza* negra tienen mucho menos confianza en la justicia del tratamiento que reciben a las manos de la policía cuando se trata de un delito que involucra a las drogas. El 66% de las personas encuestadas de *raza* negra expresó una opinión en contra de la justicia de la guerra contra las drogas, mientras que solamente el 21% de las personas de *raza* blanca encuestadas compartía esta opinión<sup>223</sup>. Más alarmante todavía es el hecho de que dichas percepciones de la naturaleza injusta del sistema por parte de las personas de *raza* negra se extienden a casi cualquier aspecto de la administración de justicia; en el caso hipotético de un hurto involucrando una suma de 300 dólares, por ejemplo, solamente el 35% de las personas negras indicó que la policía tomara en serio una denuncia de esta naturaleza, mientras que el 60% de las personas blancas dijo que dicha denuncia sería tratada de manera seria y profesional. Sin tal de que el sistema penal estadounidense sea injusto o no por su propia naturaleza, el artículo de Bobo y Thompson revela una patología casi más importante todavía; las personas de *raza* negra perciben que el sistema penal está diseñada en su contra, y una percepción tan enormemente negativa solamente puede traer consecuencias perjudiciales para el estado de Derecho norteamericano y la legitimidad democrática de su sistema penal.

---

<sup>222</sup> Idem, p. 453.

<sup>223</sup> Idem, p. 461-463.

Más allá de la desconfianza que han llegado a tener muchas personas en el sistema de justicia penal del país, la guerra contra las drogas representa quizás el ejemplo más verdaderamente perverso de la influencia de la suerte constitutiva de las personas de grupos desventajados. Es posible que el lector no piense que la suerte tenga mucho que ver en este caso particular, porque la decisión de tomar sustancias ilegalizadas o por lo menos estrictamente controladas representa una decisión personal contraria a las estipulaciones de las normas jurídicas vigentes. En este aspecto, estoy plenamente de acuerdo. Sin embargo, el hecho de que el caso sea así no elimina la responsabilidad moral que tiene el estado de asegurarse de que las leyes al respecto tengan efectos igualitarios en toda la población. Por lo menos en lo que se refiere a la pena de muerte, el proporcionamiento de abogados defensores, la selección a los jurados ETC, existe por lo menos una apariencia de igualdad en el sistema jurídico si uno no dirige la mirada demasiado hacia el fondo de la cuestión. Para tomar la situación de la pena capital como ejemplo, los tribunales por lo menos han creado una línea de razonamiento que admite la posibilidad (aunque resulta bastante remota para ser verdaderamente tomada en serio) de que una condena a muerte sea alterada en el caso de que se produzcan pruebas lo suficientemente importantes que apuntan hacia una discriminación racial al respecto. Por cierto, la jurisprudencia no protege a los acusados indigentes de la forma más mínima, así dejándole al sistema jurídico abierto a denuncias de clasismo al respecto de la imposición de la pena capital. En lo que se refiere a la guerra contra las drogas, sin embargo, no existe ni la apariencia de un intento de crear condiciones igualitarias para miembros de *razas* y clases sociales desventajadas. Al contrario, las condenas para el uso de sustancias favorecidas por las personas de clase baja (que normalmente pertenecen a *razas* minoritarias además de padecer los efectos de la pobreza) son abiertamente desiguales. A mi modo de ver, el sistema jurídico parece tener la intención de llenar las cárceles de personas que han sido clasificadas como miembros de un grupo enemigo no por su falta de respecto a las normas jurídicas, ni siquiera por su justificada falta de confianza al respecto de la justicia del sistema penal de su país, sino por sus elecciones personales con respecto a la forma más adecuada de pasar un rato libre, lejos de las preocupaciones sobre el mundo injusto en el que viven.

### **3.4: Conclusión.**



El propósito de este capítulo ha sido de descubrir algunas de las maneras a través de las cuales la mala suerte constitutiva puede afectar a personas desventajadas en el caso específico del sistema penal de los Estados Unidos. He elegido la mala suerte constitutiva y el sistema penal estadounidense por dos razones en concreto. Primero, la suerte constitutiva nos aleja de la suerte moral, o por lo menos nos aleja de la forma clásica de expresar dicho concepto como una idea que puede afectar a cualquiera de nosotros. Un enfoque en la *raza* y en la clase social de las personas involucradas en el sistema penal nos demuestra que la mala suerte moral, aunque nos puede tocar a cualquiera de nosotros en cualquier circunstancia, no tiende a hacerlo en términos generales, sino que tiene efectos especialmente negativos en las personas que ya sufren desventajas difíciles de imaginar para los sectores acomodados de la población. En lo que se refiere a la Cuarta Enmienda Constitucional, vemos un caso especialmente triste; mientras que el texto de la Enmienda parece proteger a todos por igual, la verdad es que solamente protege a las personas que conocen a la perfección sus derechos constitucionales, personas que casi por definición no van a temer a la policía. Las personas no protegidas, sin embargo, suelen tener temor hacia la policía basado en una historia de discriminación racial y clasista, y son precisamente esas personas las que hoy en día se encuentran en situaciones comprometidas por resultado de prácticas policiales que focalizan su accionar en mantener orden entre los miembros de las *razas* minoritarias y las clases desventajadas.

En lo que se refiere a la tutela judicial efectiva, la tendencia discriminatoria en contra de las personas indigentes existe de una forma más marcada todavía; ya que mientras una persona rica puede disponer de los servicios de los mejores abogados que deseen (y abogados de gran prestigio y conocedores no sólo del sistema judicial sino también de los jueces) en el caso infrecuente de que se encuentre acusada de un delito, los indigentes tienen defensores públicos o defensores de oficio que se encuentran saturados de trabajo, que realizan su labor en condiciones poco adecuadas (y hasta, a veces, poco cualificadas) y cuyos problemas y errores son utilizados en contra del propio acusado para garantizar una mayor racionalización del tiempo y los recursos económicos, incluso en casos capitales. Esta situación quizás sería reversible si la selección de los jurados no tuviera elementos abiertamente discriminatorios como los tiene en Estados Unidos, ya que los efectos negativos del uso desproporcionado y la total falta de regulación

respecto a los desafíos perentorios también caen encima de las personas que pertenecen a *razas* minoritarias (minoritarias en poder social y económico). Teniendo más en cuenta aún que la mayoría de las personas acusadas de delitos pertenecen a dichas *razas*. Se siente el impacto desproporcionado de todas estas discriminaciones a través de la persecución de la guerra contra las drogas y los casos capitales. En la guerra contra las drogas, las condenas de cárcel incentivan el consumo de cánnabis y las sustancias derivadas de él, mientras castigan con una gravedad desproporcionada el uso del *crack* y otras sustancias consumidas mayoritariamente por personas de *raza* negra y de clase social baja. En lo que se refiere a la pena capital, las discriminaciones se endurecen con una proporcionalidad directa a la severidad de la pena. Mientras pocos acusados de *raza* blanca se verán ejecutados por el estado aunque hayan cometido delitos particularmente atroces, una persona de *raza* negra, por ejemplo, o de una clase socioeconómica más baja que la media corre el riesgo de que el estado le quite su vida por un error de su abogado de oficio incompetente, o por una combinación de un jurado compuesto por personas con una *raza*, una clase económica y una formación académica distintas a la suya.

En pocas palabras, si es que si el sistema penal norteamericano no discrimina de manera intencionada en contra de personas que ya han sufrido desventajas por resultado de la *raza* o la clase económica en la cual han nacido, hace un trabajo pésimamente mal a la hora de proporcionar protecciones o cautelas para que esas personas no sean abandonadas a su suerte. Lo importante para tomar en cuenta es que todas las discriminaciones estudiadas en este capítulo tienen algo en común; tienen el resultado final de exacerbar y alargar en el tiempo desigualdades importantes que empiezan a operar contra los intereses de sus víctimas o desde el nacimiento, o desde otro factor casi igualmente imposible de controlar en la enorme mayoría de los casos que es la pertinencia a una clase social desventajada. Cualquier ordenamiento jurídico preocupado con la preservación de la igualdad y el mantenimiento de una apariencia de orden social basada en la preservación de condiciones igualitarias debería esforzarse para mitigar los efectos de cualquier desigualdad que no sea controlable por parte de la víctima que la sufre, pero el sistema penal estadounidense parece tener la intención fija de agravar las desigualdades en vez de proporcionar ayudas paliativas. Es más; lo más irónico de la situación es que los Estados Unidos se cree un caso ejemplar de la meritocracia, un sistema donde el nacimiento ya no importa y en el cual cada niño o niña puede soñar con ser el presidente de la nación algún día. Quizás tal sea

el caso de las personas de clases socioeconómicas altas o de *raza* blanca, pero si uno padece la mala suerte de haber nacido pobre, de *raza* negra, o las dos cosas, pesadillas de la cárcel o de la silla eléctrica quizás se aproximen más a las probabilidades estadísticas. Lo verdaderamente asombroso de toda la situación parece ser que por lo menos algunas personas con la mala suerte de haber nacido pobres y negras todavía mantienen la esperanza de que algo cambie, tarde o temprano.

#### **Capítulo 4: ¿Cómo podríamos abordar las consecuencias de la suerte?**

Tomando en cuenta la información previamente analizada en esta investigación, hay varios cambios que considero recomendables en la filosofía política en general, y en los ordenamientos jurídicos a nivel mundial, con un énfasis particular en el ordenamiento jurídico norteamericano. Antes de considerar cuales cambios pueden resultar deseables en los ordenamientos jurídicos, sin embargo, resulta conveniente proponer unos cambios más bien a nivel social para remediar las desigualdades que pueden surgir en otros ámbitos de la sociedad por resultado de una moral social dominante que ha tenido una tendencia histórica de dejar que actúe la suerte moral sin impedimento ninguno. Propongo analizar los cambios necesarios para resolver las situaciones de desigualdad a nivel mundial antes de abarcar el tema de la suerte en el Derecho Penal por dos motivos. En primer lugar, un examen de los cambios sociales que serían necesarios para que se realice el sueño de conseguir una sociedad más igualitaria nos puede indicar el camino adecuado para remediar la situación desastrosa en la que se encuentra el Derecho Penal con respecto a la suerte moral; en segundo lugar, pero no menos importante desde mi criterio personal, un análisis de los efectos de la suerte a nivel social revela unos fallos bastante importantes en la moral social dominante, fallos que podrían provocar efectos mitigadores a la hora de plasmar los cambios de pensamiento filosófico en los ordenamientos jurídicos si no fueran remediados de forma adecuada.

Antes de proponer ningún cambio ni a la moral ni al Derecho Penal como instituciones, sin embargo, creo conveniente sacar unas conclusiones de índole filosófica sobre la literatura investigada.

En primer lugar, la propia metodología utilizada en este proyecto me invita en mi condición de autor a tomar cierta postura filosófica con respecto al debate entre el consecuencialismo y el racionalismo, dependiendo de mi creencia (o falta de ella) en la existencia de la suerte moral. La evidencia que tengo a mi disposición me indica que la suerte moral definitivamente existe bajo la moral occidental dominante, pero mis convicciones personales me urgen a decir que dicha suerte no debería de existir en ninguna sociedad verdaderamente justa, especialmente en lo que se refiere a los procedimientos jurídicos en general y al Derecho Penal en particular. Aunque veo ambos puntos de vista carecientes de

sentido en algunos puntos clave, simpatizo más con el racionalismo por una razón bastante sencilla. La civilización occidental se ha operado bajo la penumbra del consecuencialismo, y encuentro que dicha filosofía produce unas paradojas imposibles de resolver; el racionalismo también puede presentar paradojas propias a la luz del tiempo, pero no ha sido elaborado hasta el punto en el que podamos calificar tales paradojas como irresolubles, si es que haya paradojas filosóficas en tal postura. Sin embargo, esta conclusión a favor del racionalismo presenta varios problemas de una naturaleza sumamente grave a la hora de plantear las reformas que sean con respecto a la suerte en el ámbito penal, porque para decirlo con la mayor franqueza posible, el racionalismo como posición filosófica carece de legitimidad democrática en un sentido muy importante. La mayoría de la población y la mayoría de los filósofos penalistas a lo largo de los siglos se encuentran en el lado consecuencialista del debate. Por esa razón, creo que, por lo menos en una sociedad democrática, el racionalismo tendrá que resignarse a un cierto estatus de moral crítica durante un período de tiempo indefinido pero presumiblemente bastante extendido.

La literatura examinada en esta investigación, tomada en conjunto con los acontecimientos de mi vida y presumiblemente de la vida de cualquier otro lector me obliga a decir dos cosas importantes con respecto a la suerte. Cualquiera de nosotros ha sentido una falta de control sobre algún acontecimiento de importancia vital, razón por la cual me atrevo a decir con plena confianza que la suerte, definida como una falta de control, existe en el mundo de una forma que puede ser comprobada de manera empírica a través de una investigación de la historia de cualquier persona a lo largo de la historia humana. La pregunta respecto de la existencia de la suerte moral resulta casi tan fácil de contestar como la pregunta respecto de la suerte en general; es posible que cualquier individuo se encuentre en una situación en la cual una falta de control por su parte ocasione efectos o consecuencias en las vidas de otras personas que no sean ni deseados ni perseguidos de ninguna manera por el agente moral en cuestión. Es más; es posible que tales efectos estén utilizados en contra de la estatus moral que pueda tener el agente moral en cuestión, definiéndole a dicho agente como moralmente responsable o culpable por un acontecimiento imposible de prever o de controlar. Si esa postura resulta cierta, entonces se puede decir que la suerte moral como fenómeno existe. Es más: dichas acciones sobre las cuales el agente moral no tiene control ninguno pueden involucrarle en procedimientos penales que le imponen el riesgo de una reducción grave del grado de su libertad. Queda comprobada, entonces,

la existencia de la suerte moral en situaciones penales, y este hecho no debería de ser tolerado por una sociedad justa, por más que haga necesario cambios importantes en la moral social dominante en general y el Derecho Penal en particular.

El párrafo anterior debería de hacer evidente al lector mi opinión con respecto al debate entre el consecuencialismo y el racionalismo. Por tres motivos en concreto, el consecuencialismo carece de sentido de manera importante. En primer lugar, veo perfectamente lógica la idea de que una persona debería de tomar responsabilidad por los efectos de sus acciones para que la sociedad le considere una persona verdaderamente moral; sin embargo, dicha responsabilidad debería de ser una responsabilidad tanto formal como real, con el sentido real de la responsabilidad siendo el dominante por encima del sentido formal. No he visto esta distinción en la literatura filosófica que he tenido la ocasión de leer, entonces tengo que asumir que es una distinción de invención mía. Lo que entiendo como la responsabilidad formal sería el sentido de responsabilidad tan altamente premiada por la moral social dominante de índole Kantiana; en otras palabras, la pena del agente inventada por Williams sería lo que de aquí en adelante llamaré la responsabilidad formal. Sin embargo, el consecuencialismo asume que la toma de dicha responsabilidad debería traer consigo consecuencias morales de gran importancia, incluyendo consecuencias penales en casos en los cuales ha resultado violada la integridad física de una persona u otro bien jurídico de una importancia parecida. Sin embargo, por no apreciar el papel tremendamente grande de la suerte en la vida cotidiana, creo que el consecuencialismo deja de lado la responsabilidad en el sentido más importante. Una persona como individuo solamente debería de proporcionar recompensa por el daño que quede bajo su control. Esta afirmación no limita la extensión de la responsabilidad formal y la pena del agente; solamente les pone en lo que creo que es su lugar adecuado, un lugar de una importancia proporcional al control individuo en vez de ser proporcional al daño causado. En segundo lugar, el consecuencialismo carece de sentido cuando uno analiza la comparación falsa entre el acto delictivo y el juego; creo que he demostrado de manera convincente que el juego y el delito no son situaciones comparables, razón por la cual el sentido de control necesario para que el consecuencialismo tenga sentido a la hora de asignarle culpa a un dado agente moral también carece de sentido. Por fin, el propósito del consecuencialismo, y la moral como institución social, es el de eliminar la suerte de la vida individual, o por lo menos eso nos haría creer casi todos los filósofos de influencia ilustrada

desde Kant en adelante. La evidencia empírica disponible a través de un examen de los elementos básicos de la vida de cualquier persona nos indica con claridad que aveces somos juzgados por acontecimientos fuera de su control. Por lo menos en el sentido más estricto, el consecuencialismo nos haría creer que la falta de control no es nada más ni nada menos que una parte importante de la condición humana, y que la moral es lo única que nos separa de una especie de mundo anárquico en el cual nadie se responsabiliza por nada. Estoy plenamente de acuerdo con la primera afirmación; sin embargo, me parece la moral, no el acto de negarse a la responsabilidad, que nos introduce en un mundo de arbitrariedad en el que cualquiera de nosotros nos puede encontrar sancionados por ninguna culpa nuestra.

A pesar de lo anteriormente demostrado, el racionalismo no se encuentra inmune a las contradicciones, ni en sentido filosófico ni en sentido práctico. En sentido filosófico, el racionalismo padece un problema central; si adoptamos el racionalismo en el sentido más estricto como sociedad, tendremos que aceptar unas consecuencias que quizás no sean del todo deseables. En primer lugar, si aceptamos que el individuo no debería de asumir la responsabilidad por acontecimientos fuera de su control, quizás tengamos que aceptar un sistema de compensación dworkiniana en contra de la mala suerte, con todas las injusticias y posibles paradojas que pudiera ocasionar si fuera llevado a cabo en la práctica. Sea cuál sea la forma precisa, habrá que crear algún sistema social de compensar por la mala suerte individual, y cualquier sistema de esa naturaleza ocasionaría desacuerdos sociales bastante graves en sociedades capitalistas o liberales. En segundo lugar, el racionalismo definitivamente nos ha fallado a la hora de establecer formas precisas y justas de compensar por la mala suerte individual; ahora no es el momento de entrar en los fallos específicos de los varios esquemas igualitarios propuestas en el primer capítulo de esta investigación, excepto para decir que todos presentan problemas bastante graves aunque no irresolubles. Sin embargo, el problema más grave del racionalismo es que padece una falta de legitimidad democrática. Los partidos políticos de índole más bien igualitarista (los movimientos de la llamada izquierda) sufren una derrota electoral tras otra en los años recientes si es que existen de una forma reconocible. Más importante en lo que se refiere al Derecho Penal específicamente, los estudios empíricos de Robinson entre otros indican que las personas ven poco democrático un sistema de justicia penal racionalista. Mientras que este déficit de legitimidad democrática puede ser simplemente

ignorado si un grupo lo suficientemente grande de penalistas racionalistas llegan a los sedes del poder político, este acto supondría una creciente falta de confianza en el sistema judicial por parte del pueblo. La única opción que le queda al racionalista en una sociedad democrática, entonces, sería llevar a cabo una campaña de educación masiva de larga duración temporal para que las ideas racionalistas en lo que se refiere al Derecho Penal sean aceptadas por la sociedad en general. Esta práctica le resignaría al racionalismo a la moral crítica, un estatus que no le permite alcanzar sus objetivos primarios.

#### **4.1: Cambios necesarios para crear una sociedad verdaderamente igualitaria.**

El primer cambio de esta índole que creo necesario a la luz de la presente investigación es también el cambio principal que creo que ha de experimentar la filosofía en general a la hora de hablar de la suerte. El hecho de que vivimos en un mundo donde prima el concepto de la responsabilidad y la voluntad individuales crea una variedad de situaciones particulares en los cuales un individuo puede resultar o culpado o beneficiado en su estatus moral por resultado de circunstancias que éste no tiene ninguna esperanza de poder controlar. Casi la totalidad de los filósofos citados en esta investigación, sean consecuencialistas o racionalistas, admiten que dichas situaciones existen en nuestra vida. El punto de discrepancia entre sus respectivos planteamientos llega a la hora de examinar la justicia que puede o no existir a la hora de asignar elogio o culpa a las acciones individuales donde existe alguna falta de control por parte del agente moral sobre la situación en la que se encuentre en un momento dado. Para decirlo de otra manera, los racionalistas y consecuencialistas están de acuerdo, por lo menos en su mayoría abrumadora de que la suerte moral existe tal y como lo he definido a lo largo de la investigación, y el desacuerdo entre los respectivos planteamientos tiene que ver con un asunto de importancia secundaria. Si ambos lados del debate hicieran explícito su acuerdo en este punto de importancia primaria, representaría un gran paso hacia adelante a la hora de proponer soluciones a la paradoja de la suerte moral<sup>224</sup>.

---

<sup>224</sup> De todos los filósofos analizados en la presente investigación, solamente Browne parece indicar que bajo su punto de vista, no existe la suerte moral. Sin embargo, llega a dicha conclusión después de argumentar en contra de la existencia del control individual en todos los aspectos de la vida, así convirtiendo la suerte moral en un concepto casi omnipresente pero de relevancia dudosa.



Después de darse cuenta de que existe una falta de control sobre algunos acontecimientos de la vida, sin embargo, la filosofía en general ha de tomar otro paso para que el problema de la suerte moral sea comprendido en toda su magnitud. La enorme mayoría de la literatura filosófica aquí investigada nos revela situaciones bajo las cuales el agente moral en cuestión se ve culpado por acontecimientos fuera de su control. Sin embargo, también hay que mirar el otro lado de la moneda, y analizar unas situaciones en las cuales el agente moral recibe beneficios por resultado de acontecimientos que éste, a pesar de la posible bondad de su naturaleza y sus acciones, no tuviera la posibilidad de influir<sup>225</sup>. Mientras el espacio no me permite avanzar mucho en este punto, creo necesario que la filosofía divida el campo de la suerte moral en dos para así comprender su alcance de una forma más verdadera; lo que se podría llamar la suerte moral negativa tomaría en cuenta los ejemplos clásicos de dicha paradoja, mientras lo que aquí llamaré la suerte moral positiva examinaría las situaciones en las cuales el agente moral es beneficiado a pesar de su propia falta de control, o donde no resulta culpado por resultado de una suerte moral particularmente buena. En su artículo *Moral Luck*, Nagel da lo que para mí representa un ejemplo muy buena de la suerte moral positiva, cuando intenta analizar la situación de un ciudadano alemán que se mudó a Argentina antes del comienzo del socialismo nacional, y que por resultado de la mudanza no fue culpado por las barbaridades cometidas por un sector importante de sus paisanos<sup>226</sup>. Mientras Nagel describe dicho acontecimiento como un ejemplo de la suerte moral constitutiva, creo que hace falta aportar que esta agente moral se dispone de una suerte constitutiva sumamente buena, mientras la suerte constitutiva de un ciudadano argentino que eligiera residir en Alemania sería particularmente mala en el mismo momento histórico.

Hablando de la relación entre la suerte y la moral, hay varios argumentos merecedores de consideración. En primer lugar, el planteamiento de Williams sobre el lugar privilegiado de la moral en nuestra sociedad y la mitigación de la importancia verdadera de la suerte por parte de la moral occidental a mí me parece un argumento particularmente acertado; parece igualmente necesaria la idea de centrarnos más en las acciones específicas del individuo y menos en la voluntariedad con la cual las acciones en cuestión fueran realizadas para así llegar a un análisis

---

<sup>225</sup> Zimmerman es el único filósofo aquí investigado que parece proponer el análisis de esta situación. Véase ZIMMERMAN, M.J., "Luck and Moral Responsibility", ob. cit.

<sup>226</sup> NAGEL, T., *Mortal Questions*, ob. cit., p. 450.

total de la situación en vez de examinarla bajo el paradigma de la moral social dominante<sup>227</sup>. Las aportaciones de Slote también valen la pena de analizar en lo que se refieren a la suerte moral y la igualdad. Específicamente, la idea de implementar cálculos de probabilidad a la hora de asignar culpa o elogio puede resultar muy útil en algunos sentidos específicos, pero dicho planteamiento también puede producir efectos muy desigualitarios<sup>228</sup>. Para la persona cuya mente se adapta con facilidad a los cálculos probabilísticos, el planteamiento de Slote llegaría muy lejos a la hora de resolver los posibles problemas que esas personas pueden enfrentar a la hora de verse enfrentadas por situaciones en las que opera la suerte moral; sin embargo, para personas no tan adeptos a calcular los riesgos y las probabilidades, una énfasis lo suficientemente grande en la necesidad de hacer dichos cálculos puede tener el resultado final de culparles a personas con mentes poco matemáticas por no poder desarrollar una habilidad que les resulta especialmente difícil. Sin embargo, estoy convencido de que por lo menos algunos elementos de cálculos de probabilidades serán esenciales a la hora de resolver el problema de la suerte moral, especialmente en lo que se refiere al Derecho Penal. Mi planteamiento específico al respecto vendrá posteriormente en este capítulo. Las ideas de Browne, por su parte, resultan particularmente interesantes a la hora de asignar veredictos morales en ciertas situaciones específicas<sup>229</sup>. Creo que Browne acierta de una forma notable a la hora de darse cuenta de la magnitud del problema de la suerte moral; sin embargo, no creo que haya ninguna necesidad de dejar de culpar o de castigar simplemente porque una persona haya tenido una suerte moral particularmente mala, por ejemplo. El castigo ha formado parte de la vida humana desde un punto histórico muy lejano difícil de determinar con exactitud, y el Derecho Penal (la forma moderna de implementar dicha práctica) ocupa un lugar de una importancia extremadamente grande en la sociedad actual. Hablando en términos sumamente generales, creo que la institución del castigo penal puede preservarse a través del uso de algunos cálculos de probabilidad para adivinar la cantidad exacta que tiene un delincuente sospechado en algún caso penal, y la adaptación por todas las jurisdicciones penales deseosas de mitigar los efectos de la suerte de una figura parecida al dolo eventual descrito en el capítulo 1 de esta investigación. Sin embargo, la

---

<sup>227</sup> WILLIAMS, B., *Moral Luck: Philosophical Papers, 1973-1980*, ob. cit., pp. 20-1.

<sup>228</sup> SLOTE, M., “The Problem of Moral Luck”, ob. cit.

<sup>229</sup> BROWNE, B., “A Solution to the Problem of Moral Luck”, ob. cit.

hora de hablar de la suerte en lo que se refiere específicamente al Derecho Penal no ha llegado todavía. Antes de discutir temas de esta naturaleza, creo necesario que discuta los intentos de Dworkin entre otros de mitigar la suerte bruta para así construir una sociedad verdaderamente igualitaria.

El planteamiento de Otsuka con respecto a distinguir entre la suerte bruta, cuyos efectos negativos hay que remediar en una sociedad verdaderamente justa, y la suerte opcional, cuyos efectos no son merecedores del mismo remedio, representa un paso importante a la hora de remediar los efectos de la suerte mientras todavía preserva el elemento de autonomía individual tan premiada y necesaria en las sociedades occidentales<sup>230</sup>. El principio de justicia planteada por el mismo autor a través del cual solamente se castiga al agente moral en cuestión si su suerte fue opcional representa un avance bastante importante también<sup>231</sup>. Sin embargo, como he descrito en el capítulo 1, existe la posibilidad de que el agente moral sufra efectos de una mala suerte bruta a la misma vez que también padece una mala suerte opcional. La única manera justa para remediar tal situación sería recurrir a los cálculos probabilísticos o algún otro cálculo de naturaleza parecida para determinar el porcentaje de suerte que fuer opcional versus el porcentaje que fuera bruta en la situación en cuestión; queda fuera del ámbito de esta investigación proponer la naturaleza específica de dicho cálculo, pero es un asunto que merece un trabajo extenso para que eliminemos la falta de control individual con respecto a asuntos que éste no tiene la posibilidad de influir.

Ahora ha llegado la hora de analizar las obras de Dworkin y su visión sobre la suerte y la igualdad. En primer lugar, la distinción dworkiniana entre la suerte opcional y la suerte bruta elaborada en el segundo ensayo *What is Equality* representa un avance importante a la hora de analizar los efectos de la suerte en situaciones específicas, pero hay que actuar con cautela en el momento de determinar grados de responsabilidad en situaciones en las cuales la suerte opcional y su contraparte bruta operan a la vez, tal y como he descrito en relación con el artículo de Otsuka. Sin embargo, como discutí al final del Capítulo 1 de este trabajo, la suerte en la concepción dworkiniana y los remedios propuestos por ese autor padecen unas contradicciones internas en lo que se refiere al establecimiento de una sociedad verdaderamente igualitaria. Sería

---

<sup>230</sup> SLOTE, M., “The Problem of Moral Luck”, ob. cit., pp. 373 y 375-6.

<sup>231</sup> Idem, pp. 275-6.

excesivo describir todas esas contradicciones porque ese tema ya ha sido descrito en mayor detalle anteriormente<sup>232</sup>, pero dos de los problemas con la visión Dworkiniana resultan extremadamente importantes a mi modo de ver porque pueden tener el efecto de reducir, en vez de promover, la igualdad en la sociedad moderna. En primer lugar, la idea de crear un mercado a través del cual la gente puede comprar seguros para contra-actuar los efectos dañinos de la mala suerte bruta puede perpetrar los mismos abusos que las sociedades occidentales han experimentado durante los últimos años de crisis económica. En segundo lugar, parece difícil encontrar una forma a través de la cual un seguro contra los efectos de la suerte moral pudiera ser subastada; someter la moral a los efectos de un mercado sería una idea muy incómoda para muchas personas. Personalmente, soy partidario de otros métodos de reducir los efectos de este tipo de suerte en particular, como la expansión de la importancia de una figura como el dolo eventual a ámbitos de la sociedad en general en vez de enfocarse meramente en el Derecho Penal. Me doy cuenta de que la solución que voy a proponer en este momento es muy poco específica en términos de su exactitud a la hora de adaptarla a situaciones concretas, pero es la solución más verdaderamente igualitaria que me viene a la mente sin sujetar la aprobación moral de la sociedad con respecto a las acciones individuales a las fuerzas del mercado de seguros, una idea que encuentro un poco sospechoso desde un punto de vista ideológico. La idea de Williams de la pena del agente<sup>233</sup>, parece muy similar a la idea del dolo eventual en los ordenamientos penales. Una persona que sufre la pena del agente,, por ejemplo, no debería de ser castigada con el mismo vigor que una persona que no lo siente, por ejemplo. La manera precisa de calcular la cantidad de pena del agente sentida por una persona cuyas acciones han provocado efectos dañinos resulta demasiado específica para detallar en esta investigación, pero por lo menos me parece que su inclusión sería deseable a la misma hora de calcular los efectos probabilísticos de la suerte moral en situaciones específicas.

---

<sup>232</sup> Véase las páginas 31-2 de este trabajo para una descripción más detallada de los problemas experimentados por la visión dworkiniana de la suerte.

<sup>233</sup> Véase WILLIAMS, B., *Moral Luck: Philosophical Papers, 1973-1980.*, ob. cit., pp. 27-31 para un resumen del concepto.

#### **4.2: La suerte moral y el Derecho Penal. El análisis del debate filosófico entre consecuencialismo y racionalismo y la tentativa versus el delito consumado.**

El próximo paso en el trabajo de resumen será analizar las aportaciones filosóficas relacionadas a la conexión entre la suerte y el Derecho Penal. En primer lugar, como he dicho varias veces anteriormente, el racionalismo explica la relación verdadera entre el agente moral y el mundo a su alrededor mejor que el consecuencialismo, porque solamente el racionalismo toma en cuenta la falta de control que caracteriza muchas situaciones de la vida humana; sus aportaciones son especialmente importantes en lo que se refiere al Derecho Penal, el ámbito de acción estatal más capaz de proporcionar dolor al individuo, y el ámbito merecedor de mayor cautela a la hora de asignar castigo a las personas precisamente por proporcionar cantidades tan grandes de sufrimiento a los delincuentes. Sin embargo, tal y como intentaré demostrar a lo largo de este capítulo, sostener un planteamiento racionalista no elimina la necesidad de castigar por parte del estado como han acusado varios filósofos y penalistas consecuencialistas; al contrario, proporciona un nivel añadido de cautela a la hora de condenar y castigar por la vía penal.

La primera obra para analizar en esta sección es la de Malamud Goti. En primer lugar, tengo que aclarar una discrepancia entre mi filosofía personal y la propuesta por Goti en su libro. Goti indica que toma una posición más bien consecuencialista a la hora de asignar culpa y castigo, porque plantea que las paradojas de control propuestos por filósofos racionalistas crean un mundo artificial que aísla el control que tiene el agente moral sobre los acontecimientos de su propia vida<sup>234</sup>. Lejos de hacer una distinción artificial, a mi modo de ver una filosofía racionalista resuelve una confusión creada por el propio consecuencialismo, que a su vez crea una situación artificial e innecesaria a la hora de no resolver las paradojas propuestas por Williams y Nagel cuando describieron la condición de la suerte moral. Es más; creo que el propio Goti propone un argumento que puede utilizar el racionalismo a la hora de plantear su caso. Goti habla de la llamada moral ingenua, una moral al cual se debe acomodar el

---

<sup>234</sup> MALAMUD GOTI, J., *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, ob. cit., pp. 31-9 especialmente 31-33 y 36-39.

ordenamiento jurídico para preservar su legitimidad democrática; un ingrediente sumamente importante de la moral ingenua es su naturaleza universalizable<sup>235</sup>.

Creo que una condición universal de la vida humana es el deseo de no ser culpado por acontecimientos imposibles de controlar; por esa razón, la moral ingenua Gotiana debería de tomar en cuenta la suerte moral y sus paradojas en un grado bastante importante. Sin embargo es importante notar que Goti cree que es esencial que dejemos que actúe la suerte en el campo penal, precisamente porque la mala suerte situacional de la víctima y la buena suerte situacional del victimario han de coincidir para que se produzca un delito cuyos daños sean merecedores de recompensa<sup>236</sup>. Mientras que me encuentro plenamente de acuerdo con esta idea sobre la concurrencia de la suerte situacional, creo que el momento de proporcionar una recompensa a la víctima llega cuando el caso llega al Derecho Civil; el Derecho Penal debería ser utilizado para castigarle al victimario para las acciones sobre los cuales ejerce algún grado considerable de control, mientras que la víctima (en el caso de que no exista ningún grado considerable de control por parte del victimario) debería de poder conseguir alguna recompensa por la vía de lo civil. Sin embargo, encuentro la enorme mayoría de las aportaciones de Goti muy valiosos a la hora de entender lo grande que es el campo de la suerte en el mundo en general, y en el Derecho Penal en particular.

El artículo de Sverdlik merece un análisis particular porque sienta las bases lógicas del consecuencialismo en el Derecho Penal de forma práctica. Su lógica parece particularmente lúcida en lo que se refiere al debate al respecto de equiparar las penas entre el delito en grado de tentativa con el delito consumado. Como comenta ese autor, resulta sumamente incoherente desde un punto de vista moral que el delito en grado de tentativa reciba menos castigo de lo que recibe el delito consumado, porque el estado mental del delincuente cuyo intento se ha visto frustrado presumiblemente parece en un grado muy considerable al estado mental padecido por el delincuente exitoso, y los actos del delincuente frustrado son en la abrumadora mayoría de los casos idénticos a los actos del delincuente exitoso, la única diferencia notable entre los dos casos siendo que el delincuente frustrado falló en su intento por resultado de circunstancias fuera de su

---

<sup>235</sup> Idem, pp. 66-7.

<sup>236</sup> Idem, pp. 179-185.

control<sup>237</sup>. Mirando los argumentos de Sverdlik y otros racionalistas, estoy plenamente convencido de la necesidad de equiparar las penas de los delitos consumados de manera exitosa con los delitos en grado de tentativa, y creo que lo más adecuado sería endurecer las condenas para los delitos en grado de tentativa para que sean igualmente duras a las condenas por delitos exitosos en la enorme mayoría de los casos.

Veo clara esta necesidad en parte por la lógica de los argumentos racionalistas, pero de manera igual por la debilidad lógica implícita en los argumentos consecuencialistas. Los argumentos consecuencialistas que veo más convincentes, y así más difíciles de derrotar son respectivamente los de Levy y Jarvis-Thomson. Levy hace una relación entre el acto de cometer un delito y el acto de jugar al blackjack en un casino, planteando que las situaciones son equiparables porque el delincuente dispone de una manera de calcular de manera acertada el riesgo de que su intento delictivo tenga éxito<sup>238</sup>. Sin embargo, no considero acertada esta comparación, porque el jugador de casino tiene la posibilidad (si se dispone de una mente lo suficientemente ágil) de calcular con una precisión matemática las posibilidades de que salgan ciertas cartas en la mesa, mientras que el delincuente no se dispone de ninguna manera tan precisa de calcular el riesgo asociado con sus acciones; solamente hace falta mirar la encuesta anteriormente citado de Robinson y Kurzban para darse cuenta de que en muchos casos los individuos (incluso los individuos muy educados) no saben lo que dicen los ordenamientos penales de sus respectivos jurisdicciones de la forma más mínima. Jarvis-Thomson por su parte, hace varias aserciones con respecto a la moral y la responsabilidad cuya lógica no comparto, pero la más importante mi modo de ver es plantear que si intentamos mitigar el papel jugado por la suerte, especialmente en el ámbito del derecho, hay que cambiar de manera drástica las nociones modernas de agencia moral y responsabilidad individual<sup>239</sup>. Mientras esta autora cree que la noción de redefinir nuestros conceptos de la moral y la responsabilidad individual sería un retroceso hacia los tiempos históricos antes de la ilustración, yo creo que la paradoja de la suerte moral es uno de los fallos más importantes y dañinos de la filosofía ilustrada y por resultado hemos de redefinir la moral y la responsabilidad para hacer que dichos conceptos estén de

---

<sup>237</sup> SVERDLIK, S., "Crime and Moral Luck", ob. cit.

<sup>238</sup> LEVY, K., "A Solution to the Problem of Outcome Luck: Why Harm is Just as Punishable as the Wrongful Action that Causes it", ob. cit., pp. 274 y 278-80.

<sup>239</sup> JARVIS THOMSON, J., *The Realm of Rights*, ob. cit., pp. 21-4.

acuerdo con una visión universalizable y no meramente ilustrada de la justicia, bajo la cual nadie se ve culpada por cosas que no pueda controlar, pero bajo la cual definitivamente existan conceptos de la culpa y el castigo de una forma verdaderamente justa. La forma que toman dichos cambios de la moral y la responsabilidad ha de ser sujeta a una discusión bastante prolongada, pero lo que definitivamente no puede ser es que quedemos con un sistema moral que no admite la falta control individual, un hecho de la vida humana. Finalmente, Jarvis Thomson argumenta que no podemos recurrir al azar para resolver problemas en los cuales la suerte interactúa con el Derecho Penal<sup>240</sup>. Aunque haré explícito mi propuesta en otro momento de este capítulo, creo que precisamente tenemos que recurrir al azar y la aleatoriedad para resolver el problema de la falta de seguridad jurídica existente en un mundo dominado por la suerte.

El artículo de Kessler también proporciona bastante inspiración a la hora de hacer conclusiones respecto al papel debido de la suerte en el Derecho Penal. Específicamente, revela varios problemas padecidos por el Derecho común norteamericano, y por extensión todos los países gobernados por el Derecho común en lo que se refiere a sus respectivas actitudes ante la suerte en el Derecho. Kessler argumenta de manera convincente que el Derecho común exagera la importancia verdadera de la suerte por resultado de la previamente analizada doctrina de la intención transferida, el uso demasiado extenso de pruebas contrafácticas en los tribunales, y la concentración en los antecedentes penales del delincuente en cuestión; estos factores crean un ambiente sumamente consecuencialista en los tribunales norteamericanos que provoca un daño innecesario a las personas con una mala suerte moral, o simplemente la mala suerte de estar en el lugar y el momento inadecuados<sup>241</sup>. Más interesante a mi modo de ver, sin embargo, son sus conclusiones sobre la determinación de la causa inmediata del delito por los tribunales de ese país; dicha determinación intenta minimizar los efectos de la suerte por eliminar eventos sumamente raros del ámbito de lo castigable, mientras que lo que en realidad tendrían que hacer los tribunales norteamericanos es mirar la totalidad del presunto delito en cuestión, para que lo que quede fuera del ámbito de lo punible sea la falta de control individual en vez de la naturaleza extraña de los acontecimientos específicos<sup>242</sup>. Por fin, Kessler propone que la justicia correctiva,

---

<sup>240</sup> Idem, pp. 158-60 y 102-3.

<sup>241</sup> KESSLER, K.D., “The Role of Luck in the Criminal Law”, ob. cit.

<sup>242</sup> Idem, pp. 2184-8.



o la necesidad de compensarle a la víctima de un delito por el daño ocasionado debería pertenecer al Derecho Civil en vez del Derecho Penal; la necesidad de proponerle alguna compensación a la víctima puede, a su modo de ver, obligarles a los tribunales a condenar al delincuente por acontecimientos fuera de su control, o con una dureza no necesariamente merecida por los hechos del delito en cuestión<sup>243</sup>. En resumen, creo que la incorporación de las ideas de Kessler podría resolver muchos problemas en los ordenamientos penales de países gobernados por el derecho común si fueran adecuadamente implementadas.

Además de las reformas anteriormente propuestas, el distinguido criminólogo Sanford Kadish ha propuesto dos cambios a la doctrina del Derecho Penal norteamericano que creo merecedores de mención. La doctrina del mal menor, bajo el cual una persona puede resultar castigado por el delito más grave en algunos casos específicos donde éste haya cometido más de un delito puede ser o revisada o totalmente eliminada del Derecho Penal según el planteamiento de Kadish, porque crea un rango de situaciones donde el delincuente puede verse castigado por acontecimientos que éste no tuviera ninguna posibilidad real de poder controlar<sup>244</sup>. La doctrina de daños criminales pone al delincuente en una situación de indefensión de magnitud parecida a la doctrina del mal menor, porque con frecuencia el delincuente es castigado después de que los tribunales vean el daño que causó su delito en el resto de la sociedad, en vez de ver la cantidad de control o intencionalidad que tuvo el delincuente a la hora de provocar dichos daños. Para rectificar una situación tan desequilibrada en contra de los intereses del presunto delincuente, Kadish propone equiparar las condenas entre el delito exitoso y el delito en grado de tentativa.

Antes de proceder, creo conveniente explicar una postura filosófica personal que, a la luz de los argumentos racionalistas que he investigado, creo que sería compartido por lo menos por una gran mayoría de los autores racionalistas aquí examinados. El propósito de poner tanta énfasis en el control que ejerce el delincuente sobre las consecuencias de sus acciones no se trata de que el delincuente se escape de cualquier castigo simplemente por resultado de no poder prever las consecuencias de la comisión de un delito; si fuera así, tendríamos que asumir como válida una premisa que veo implícita en mucha argumentación consecuencialista sobre la condición de control en general y la agencia moral humana en particular, que plantea que los

---

<sup>243</sup> Idem, pp. 2222-3.

<sup>244</sup> KADISH, S. "Forward: The Criminal Law and the Luck of the Draw", ob. cit.

racionalistas abogan por la eliminación de la responsabilidad moral y jurídica porque esta faceta de la moral occidental no corresponde de manera nítida al control ejercido por el agente moral en todos y cada uno de los casos. A lo mejor es un poco precipitado hablar de las convicciones de otros racionalistas, pero yo por lo menos no creo que la responsabilidad sea una figura inútil ni mucho menos destructiva. Pongo el caso hipotético de un clásico error de tipo penal, en el que el delincuente va de cacería fuera de los plazos establecidos y dispara a una persona provocando una herida mortal, creyendo en todo momento que la persona que fue disparada en realidad fuese un ciervo. En muchas jurisdicciones penales, este desafortunado sería condenado por homicidio negligente o alguna figura jurídica parecida. Personalmente, creo que una condena por homicidio negligente en este caso sería desmedida solamente si el delincuente pudiera proporcionar alguna prueba de que en verdad creyera que estaba disparando a un ciervo en vez de a un ser humano, y que no se actuara de una forma verdaderamente negligente disparando al primer ser vivo que viera. Si pudiera proporcionar alguna prueba de este tipo, pues debería de quedar absuelto de un homicidio negligente, pero su absolución tampoco debería eliminar su responsabilidad por causar la muerte de una persona inocente que presumiblemente no había hecho nada merecedora de un disparo mortal en la cabeza. Entonces decir que el victimario no merece ser castigado por la vía de lo penal no quiere decir que no sea responsable por la muerte de una persona, y no necesariamente quiere decir que no haya de pagar ninguna recompensa. Dicha recompensa perfectamente podría llegar por la vía de una multa, por obligarle al victimario hacer algún servicio obligatorio a la comunidad, o por la manera que el ordenamiento jurídico crea más justo siempre y cuando no sea por la vía de meterle en la cárcel por resultado de un acto que no tuviera la posibilidad de prever ni menos de controlar. Solamente en el caso hipotético de que el victimario no disponga de medio económico ninguno y no pueda pagar la multa ocasionada por el fallecimiento de una persona, podemos hablar de una muerte sin ninguna compensación por parte del victimario, e incluso en esos casos el victimario debería sentir un deber moral de compensarle a la familia del fallecido por la manera que sea; si de verdad hubiera un caso donde el victimario no pudiese proporcionar remedio ninguno durante un período irrazonablemente largo de tiempo, podríamos hablar de un victimario que eludiría la responsabilidad por sus acciones, e incluso en esos casos el Estado debería de proporcionar un fondo para compensar a las víctimas de daños cuyos efectos no resultan posibles de compensar por la vía del Derecho

Civil. Entonces cuando yo (y presumiblemente otros racionalistas) decimos que la persona que ocasionó algún daño a la sociedad no debería de ser castigado por acontecimientos fuera de su control, yo por lo menos refiero a que no debería de ser castigado por el encarcelamiento u otra manera que le provoque un dolor, pero sí creo que en un enorme mayoría de los casos el victimario ha de proporcionar alguna recompensa por lo que ha hecho, porque en casos de falta de control es normal que haya alguna imprudencia cometida por su parte que luego provoque algún daño al resto de la sociedad.

Para plasmar las reformas aquí mencionadas en un principio de la justicia que nos puede ayudar a crear algún orden desde el caos en el cual nos encontramos, podemos recurrir al principio de la ventaja injusta originalmente propuesta por Davis. En su forma original, Davis planteó que el castigo del victimario del delito que sea debería estar en proporción directa al grado de desobediencia que la conducta delictiva mostró hacia las normas jurídicas de su sociedad, o sea en proporción directa con la ventaja que el delincuente aprovechó a través de su desobediencia a las normas jurídicas con respecto a los miembros obedientes de la sociedad<sup>245</sup>. Solamente propongo una pequeña modificación al principio, que el castigo penal sea proporcional al grado de la ventaja injusta que el delincuente pudiera prever y controlar a la hora de cometer su delito. Este principio no habla, ni debería de hablar a mi modo de ver, del castigo al cual puede resultar condenado el victimario por el Derecho Civil, porque esta rama del derecho no tiene un propósito retribucionista, sino un propósito correctivo, mientras que el principio de la ventaja injusta de Davis es altamente retribucionista en su carácter. Así combinamos las intuiciones consecuencialistas de la sociedad anteriormente discutidas en relación a la encuesta de Robinson y Kurzban (discutida en el capítulo 3) con una dosis del racionalismo filosófico que permite que mantengamos nuestras intuiciones consecuencialistas e incluso retribucionistas, pero de manera restringida por resultado de una correcta apreciación del propósito del Derecho Penal y la condición del control en los seres humanos.

#### **4.3: Conclusiones sobre la suerte y el Derecho Penal norteamericano.**

---

<sup>245</sup> DAVIS, M., “Harm and Retribution”, ob. cit., pp. 139-40.

El caso específico del Derecho Penal en los Estados Unidos nos puede proporcionar varias conclusiones, y admite posibilidades de reforma sumamente grandes por resultado de la magnitud del trabajo que queda por delante a la hora de coordinar el Derecho Penal de ese país con una apreciación real de la falta de control ejercido por las personas sobre los acontecimientos básicos de sus vidas. Esta tarea, sin embargo, adquiere una magnitud más enorme todavía cuando pensamos en la política carcelaria de Estados Unidos que utiliza muchos aspectos del llamado Derecho Penal del enemigo, y el hecho de que en muchas jurisdicciones estatales y en el código penal federal existen la pena capital. Mientras que la existencia de la pena capital es por su propia naturaleza un atentado contra el propio concepto de los derechos humanos en el estado democrático de Derecho, no me voy a enfocar en este hecho por resultado de la falta de alguna posibilidad real de que la pena capital desaparezca en el sistema norteamericano. Sin embargo, cabe notar que la existencia de la pena capital expande de manera drástica las herramientas de las cuales se dispone el estado a la hora de provocar dolor en el delincuente en cuestión; la falta de control ejercido por el sospechado en muchísimos aspectos del Derecho Penal norteamericano entonces adquiere una importancia mayúscula, y se puede decir lo mismo en el caso de la necesidad de encontrar reformas a una situación tan desalentadora.

Antes de proceder a hablar de reformas específicas al sistema penal norteamericano, sin embargo, me gustará detenerme un breve espacio para mirar lo que antes he llamado la suerte situada, y la relación entre este término y el concepto occidental de la seguridad jurídica. Cuando me refiero a la suerte situada, me refiero al hecho de que existen cambios en el ordenamiento jurídico de cualquier país con respecto a qué actividad se define como delictiva, un cambio que a su vez convierte la posibilidad de ser encarcelado por dicha actividad o en una posibilidad real o en algo que hubiera sido una posibilidad real en otro momento histórico de la sociedad bajo análisis. La humanización del Derecho procesal penal y la creación de la institución que ahora conocemos como la cárcel moderna sería quizás el ejemplo prototípico de este fenómeno, como se puede ver en el libro *Vigilar y Castigar* de Foucault entre otros textos; en varios momentos de la edad media, es conocido que la brujería era un delito que normalmente resultaba en una condena a muerte para la persona acusada, mientras que ahora la brujería es un fenómeno relegado a las series de televisión o los documentales sobre acontecimientos paranormales. Para citar un ejemplo norteamericano, el anteriormente citado caso de *Firman contra Georgia* abolió

la pena de muerte para una breve etapa histórica, y dicha pena luego fue reinstituido como resultado de la sentencia en el caso de Greg contra Georgia pocos años después<sup>246</sup>. Es ridículo plantear la idea de que el Derecho como institución no debería de evolucionar de ninguna manera, pero una mirada aunque sea extremadamente breve de los cambios en el Derecho de cualquier país que el lector quiera analizar le revelará un hecho algo insólito. La condena proporcionada al delincuente, las pruebas procesales admisibles, o incluso la definición de lo que se considera como delito puede cambiar a través del tiempo. Para el filósofo consecuencialista o para cualquier otra persona dispuesto a eliminar la suerte del Derecho o mitigar sus efectos, este fenómeno necesariamente resulta difícil de remediar; todos queremos que el Derecho evolucione y que algún día alcance un estado parecido a la perfección científica, pero cualquier cambio en el Derecho limita el valor de la noción que tenga la sociedad en cuestión del principio de la seguridad jurídica. Plantear que la seguridad jurídica sea una ficción inventada por el propio Derecho tampoco resuelve el problema de forma práctica; si uno cree en la seguridad jurídica, no cree en la arbitrariedad del Estado, pero si uno analiza la historia y ve que los momentos históricos de una verdadera seguridad jurídica han sido relativamente pocos, se ve resignado a aceptar la naturaleza más o menos arbitraria del Derecho como institución, y la importancia tremendamente grande que tiene la suerte a la hora de dictar cuáles personas viven en sociedades con alguna medida de seguridad jurídica y cuáles no. Entonces, aunque la suerte situada no sea el sujeto de esta investigación, creo que es un tema muy merecedor de investigación en el futuro para que de verdad empecemos a limitar la arbitrariedad en el derecho, si es que tal tarea resulta posible, una idea que empiezo a dudar más en cada momento.

También existe una relación muy poco estudiada entre la suerte y el llamado Derecho Penal del enemigo. Según los postulados de esta doctrina, se puede dividir la sociedad en dos partes, una siendo compuesta por los seres humanos generalmente obedientes a las leyes y otra compuesta por personas cuyas conducta extremadamente dañina muestra un comportamiento enemiga hacia la sociedad en general y el ordenamiento jurídico en particular. Las categorías de personas típicamente consideradas como enemigas en los países del occidente incluyen a las personas sospechadas en casos de terrorismo o delincuencia organizada, algunos delitos económicos, el tráfico de estupefacientes ETC; las personas condenadas por esos delitos

---

<sup>246</sup> *Furman v. Georgia*, and *Greg v. Georgia*. Ob. Cit.

generalmente reciben un tratamiento diferenciado al resto de los presos, incluyendo supervisiones más estrictas de sus actividades y otras limitaciones a lo que normalmente serían considerados sus derechos fundamentales por la naturaleza especial de su delito. Como anteriormente ha detallado Dubber en su artículo, el modelo norteamericano de potestad policial se acerca cada vez más al Derecho Penal de este tipo<sup>247</sup>. Mientras el espacio no me permite mucho más desarrollo en lo que a este tema en específico se refiere, creo que aquí cabe mencionar que la suerte juega un papel desproporcionado como pieza fundamental del Derecho Penal del enemigo. Es una suerte, específicamente un momento en la suerte en los planes de la vida del supuesto victimario, que designa su delito específico como uno de especial peligrosidad para el resto de la sociedad y así les permite a la policía y el sistema judicial restringir su libertad en un grado fuera de lo normal. Sin lugar a dudas, esta especie de suerte en específico debería ser investigada con una cierta urgencia, especialmente en los países en los cuales el Derecho Penal del enemigo influye de manera importante a la política penal y judicial de dicha jurisdicción.

Antes de proceder a las reformas a ámbitos específicos en el Derecho Penal norteamericano, cabe hacer una nota adicional con respecto a la suerte, el género, y la población carcelaria estadounidense. Como he citado en el capítulo 3 de esta investigación, hay casi 14 veces más presos que presas en el país; como es sabido, los varones cometen mucho más delitos que las mujeres, razón por la cual la relación entre suerte y el género (en este caso el género masculino) debería de ser el sujeto de un análisis mucho más allá de lo que ha sido escrito en la literatura filosófica<sup>248</sup>. De hecho, el único libro más o menos ampliamente conocido que hable de suerte moral y género es de Claudia Carde, una profesora feminista que relaciona la mala suerte moral con el género femenino, planteando en varios pasajes que las mujeres en general carecen de opciones que sí quedan disponibles a los hombres en lo que se refiere a la práctica de sexo, el trabajo, y el aborto entre otros ámbitos<sup>249</sup>.

En lo que se refiere a la suerte constitutiva y la cuarta enmienda constitucional estadounidense, creo que las reformas anteriormente analizadas por Cole y Fitch tienen bastante mérito, pero hay que llevar sus conclusiones y pensamientos al nivel de otro orden filosófico

---

<sup>247</sup> DUBBER, M.D., “Guerra y paz: derecho penal del enemigo y el modelo de potestad de supervisión policial en el Derecho Penal estadounidense”, ob. cit.

<sup>248</sup> CARDE, C., *The Unnatural Lottery: Character and Moral Luck*. Philadelphia: Temple University Press, 1996.

<sup>249</sup> Ibidem.

para verdaderamente empezar a reformar la sociedad y la forma en la cual los pobres y los miembros de grupos étnicos minoritarios son tratados por el sistema penal de la nación. Las reformas de Cole y Fitch, si fueron implementados de la forma que desean los respectivos autores, probablemente tendría el efecto de reducir las discriminaciones hacia las personas de *razas* que no sean la blanca; por ejemplo, si existiera un requisito de que la policía notificara a las personas de la naturaleza voluntaria de proporcionar el consentimiento a la revisión de sus personas y pertenencias, tal procedimiento muy sencillo podría educar a un grupo amplio de personas acerca de sus verdaderos derechos constitucionales. En las respectivas sentencias de Estados Unidos contra Drayton y Florida contra Bostick, la opinión mayoritaria de los jueces de la Corte Suprema impusieron una llamada “prueba de la persona razonable” bajo la cual se asume que una persona razonable conozca sus derechos constitucionales y cuando tiene el derecho de negarle permiso a la policía en ciertos casos específicos<sup>250</sup>; sin embargo, es una prueba totalmente irrealista, porque mucha gente marginada (precisamente la gente más susceptible a la revisión de sus personas o pertenencias por la policía) tienen menos posibilidades que personas de situaciones socioeconómicas más favorables a la hora de conocer el contenido verdadero de sus derechos y cómo reaccionar de forma apropiada ante miembros de la policía. Entonces mientras que la notificación obligatoria de los derechos constitucionales serviría para equiparar el conocimiento de sus derechos por parte de miembros de grupos marginados, no resolvería el problema de magnitud algo más grande, que las personas pertenecientes a grupos marginados también tienen menos posibilidades de educarse simplemente por haber nacido como parte de esos grupos. Entonces, mientras que las reformas de Cole y Fitch resolverían el problema más bien jurídico, todavía quedaría por investigar un problema de índole social, la relación entre la suerte constitutiva y la educación, un problema merecido de mucha investigación antes de que podamos verdaderamente entenderlo en toda su magnitud.

En lo que se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva, uno de los argumentos más importantes al respecto viene desde la filosofía racionalista. Quizás el aspecto más importante del racionalismo sea la investigación y la esperada eliminación de las paradojas de la suerte moral. La falta de tutela judicial efectiva experimentada por muchos acusados en los Estados Unidos representa un ejemplo prototípico de la suerte moral; la abrumadora mayoría de los

---

<sup>250</sup> *Bostick v. Florida*. y *United States v. Drayton*, ob. cit.

individuos no eligen disponer de pocos recursos económicos, y seguramente no eligen un defensor público de poca calidad a la hora de verse involucrados en procedimientos donde su libertad pueda estar en juego. Sin embargo, en muchos casos anteriormente discutidos, individuos pobres son obligados a soportar abogados de oficio borrachos, drogados, o con prejuicios en contra del acusado por la razón que sea, abogados que ninguna persona razonable elegiría y que solamente están físicamente presentes en el tribunal para proporcionar una apariencia de justicia a una situación totalmente injusta. Según el racionalismo y creo que según cualquier concepto moderno de la justicia, el hecho de que una persona con pocos recursos económicos se ve obligado a asumir un servicio de poca calidad en el sistema penal solamente por el hecho de no poseer una cantidad lo suficientemente alta de dinero resulta inaceptable. Esta es la postura que asumiré a la hora de hablar de la tutela judicial efectiva, y que tiene consecuencias muy grandes a la hora de reformar el sistema de derechos fundamentales plasmado en la constitución estadounidense. La situación es especialmente clara desde la filosofía a la hora de hablar de la inflicción de la pena capital; si resulta inaceptable que una persona pobre sea encarcelado cuando una persona con más dinero pudiera no sufrir ningún castigo penal, la premisa adquiere una validez aumentada cuando se refiere de quitarle la vida a una persona acusada cuyo abogado no haya sido de calidad simplemente porque la persona acusada no posee un dinero suficiente para contratar los servicios de un defensor más capacitado.

Igual a las reformas propuestas al respecto de la cuarta enmienda constitucional y las revisiones de las personas y sus posesiones, las reformas propuestas con respecto a la defensa de los indigentes (refiriéndome específicamente al artículo de Boccaccini y Brodsky) son necesarias pero insuficientes<sup>251</sup>. Tener abogados defensores que mantengan un cierto grado de transparencia y empatía con sus clientes representaría un gran paso hacia adelante, pero es difícil imaginar como esa reforma sería plasmada en el Derecho; me parece difícil de mandar, por ejemplo, que un abogado de oficio sea transparente con su cliente simplemente por lo difícil que sería medir la transparencia o la empatía. La única solución al problema de la tutela judicial efectiva, por lo menos a mi modo de ver, sería restringir el dinero que las personas pueden gastar en la asesoría jurídica, porque la existencia de una brecha de tal magnitud como existe ahora en los Estados

---

<sup>251</sup> BOCACCINI, M.T. y BRODSKY, S.L., “Characteristics of the Ideal Criminal Defense Attorney from the Client’s Perspective: Impirical Findings and Implications for Legal Practice”, ob. cit.



Unidos resulta inadmisibles desde una perspectiva moral. Es verdad que en cualquier sistema, especialmente un sistema tan respetuoso a las libertades económicas como es el sistema norteamericano, que esta reforma sería el objeto de una polémica muy grande, pero la existencia de cualquier desorden social posee una importancia secundaria a proporcionar garantías efectivas de igualdad en el sistema penal del país. Esta es una opinión personal, pero aunque la solución propuesta sería dañina a los derechos constitucionales de las personas adineradas, me parece un precio bastante modesto comparado con los efectos que tendría la imposición de restricciones en la cantidad de dinero gastable en la asesoría jurídica en lo que se refiere a nivelar la cancha de juego del Derecho Penal a favor de personas con pocos recursos.

Con respecto al derecho a un jurado imparcial, también hay varias reformas que pueden ser introducidas para mitigar el papel desproporcionado de la suerte en este ámbito del sistema penal estadounidense. En primer lugar, limitar o directamente remover la figura del desafío perentorio sin duda representaría un avance importante<sup>252</sup>. Sin embargo, veo a esa reforma como insuficiente simplemente por la facilidad que proporcionan los desafíos perentorios para personas deseosas de eliminar miembros de ciertos grupos particulares de los jurados; dichos grupos pueden incluir personas de *raza* negra, mujeres, u otras minorías tal y como hemos visto en el capítulo 3. Las sentencias de la Corte Suprema que han sido analizadas al respecto de esta materia parecen, hablando en términos muy generales, poner un sistema que intenta ser ciego al color de la piel y otras características físicas como el sexo precisamente en nombre de preservar la igualdad, pero a mi modo de ver parecen tener efectos directamente contrarios a la meta establecida. Es una cuestión del uso del sentido común pensar que la eliminación de un miembro de un grupo minoritario provoca mucho más daño a la naturaleza representativa de un jurado que la eliminación de un miembro de la mayoría, precisamente porque hay menos personas pertenecientes a las minorías y es fácil eliminar un enorme porcentaje de los miembros de estos grupos con un esfuerzo bastante pequeño, así removiendo la importancia que pudiera tener el grupo en cuestión a la hora de decidir la culpa o la inocencia del acusado. Por esa razón, soy partidario de la eliminación del desafío perentorio del sistema penal nacional, sea por parte del abogado fiscal o su contraparte defensor. La eliminación de este proceso garantizaría la naturaleza verdaderamente representativa de los jurados, y proporcionaría una especie de

---

<sup>252</sup> COLE, D., *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*, ob. cit., pp. 217-8.

protección al proceso jurídico de la influencia del racismo y la xenofobia que parecen ser tan frecuentemente empleados a la hora de seleccionar los jurados.

Sin embargo, es obvio que una reforma de esta índole tan igualitaria provocaría una polémica sumamente grande y sería muy difícil de implementar de verdad; no creo que haya ninguna sociedad en el mundo verdaderamente dispuesta a sacrificar los intereses de las personas adineradas en nombre de una mayor igualdad. Si aprecio la situación de manera correcta, sin embargo, hay otras reformas menos dañinas a los intereses económicos dominantes que también podrían nivelar la cancha de juego del sistema penal. Quizás la más fácil de implementar, y una que también puede traer bastante igualdad al sistema penal, sería obligarles a los jurados a escribir una sentencia como lo hacen la mayoría de los jueces en países de influencia continental europea, para que el veredicto sea el objeto de apelaciones más exactas y específicas que resulta posible en estos momentos; ahora los jurados norteamericanos no son obligados a dar su razonamiento expresado cuando lleguen a una decisión, y el acto de obligarles a mantener este proceso de razonamiento probablemente tendría el efecto de obligarles a producir veredictos razonados y sin prejuicios expresados en contra de miembros de grupos minoritarios. Una segunda opción sería la de cambiar la necesidad de unanimidad en los jurados a cambio de la eliminación de los desafíos perentorios; quizás sea posible implementar un sistema a través de la cual la mayoría tenga que ser calificada (quizás de tres cuartos de los miembros del jurado) para llegar a un veredicto de culpabilidad, pero eliminar los desafíos perentorios para garantizar un jurado verdaderamente representativo. Creo que la pérdida de derechos constitucionales del acusado podría ser contrapesada por la naturaleza representativa del jurado, así proporcionando una pérdida mínima de derechos a cambio de ganar una igualdad para todos en el sistema penal, algo que veo mucho más importante que la necesidad de un jurado unánime.

Con respecto a la inflicción de la pena de muerte y la política carcelaria involucrada en la guerra contra las drogas, también hacen falta reformas para eliminar el papel de la suerte constitutiva. En lo que se refiere específicamente a la pena de muerte, la tradición jurisprudencial de la Corte Suprema representa un obstáculo importantísimo, y aumenta la dificultad de eliminar la suerte del sistema penal nacional. Por ejemplo, la necesidad de proporcionar no solamente información estadística convincente, pero también pruebas de prejuicio en el caso particular del

acusado representa quizás la trampa más importante de todas<sup>253</sup>. Hago esta afirmación por una razón en concreto; el hecho de que el sistema demuestra una tendencia a ejecutar personas de *raza* negra más que personas de *raza* blanca, hombres más que mujeres ETC, lleva consigo por la propia naturaleza del fenómeno una mala suerte moral asociada con miembros de estos grupos y otros estadísticamente discriminados a la hora de involucrarse en un caso penal, y más aún cuando la vida del acusado esté en juego. Por esta razón, debería servir, tal y como dijo la opinión minoritaria en el caso McCleskey, proporcionar pruebas que demuestre una diferencia estadística en la implementación de la pena de muerte para que esta pena sea declarada inconstitucional<sup>254</sup>. También vemos una reemergencia de la suerte situada si analizamos la jurisprudencia nacional en relación a la pena de muerte; había un momento de proteccionismo hacia los delincuentes a través de la abolición de dicha pena precisamente por resultado de una interpretación estadística que mostraba discriminaciones contra las personas de *raza* negra en el caso de Furman contra Georgia, y unas pruebas más convincentes aún fueron desestimadas en el caso McCleskey, que trató de acontecimientos perpetrados en el mismo estado que el caso Furman y en un espacio histórico bastante pequeño<sup>255</sup>. Es obvio que si no existe una seguridad jurídica muy importante en un ámbito tan sensible como el de la pena de muerte, es irrealista mantener la expectativa de seguridad jurídica en otros ámbitos del Derecho Penal. Parece que el argumento consecuencialista en contra de la mitigación de la suerte moral entonces representa un argumento de mera conveniencia; se puede reducir la seguridad jurídica en casos que involucren a miembros de grupos minoritarios, pero la seguridad jurídica ha de existir siempre que se trate de eliminar la suerte del Derecho como institución en nombre de protegerles a las personas desventajadas.

Por fin, me gustaría hacer una breve mención de la influencia de la guerra contra las drogas en lo que se refiere a la suerte constitutiva de las personas a la hora de encontrar un empleo fijo. Bobo y Thomson han hecho un estudio que demuestra que la guerra contra las drogas, perseguida de manera discriminatoria contra los usuarios de drogas favorecidas por personas pobres y de *raza* negra, también tiene efectos muy perjudiciales en las personas de *raza*

---

<sup>253</sup> McCleskey v. Kemp, ob. cit.

<sup>254</sup> McCleskey v. Kemp, ob. cit. pp. 320 y siguientes.

<sup>255</sup> Furman v. Georgia. y McCleskey v. Kemp., ob. cit.

negra específicamente a la hora de buscar empleo<sup>256</sup>. Para reformar esta situación, la única solución que veo como practicable es el replanteamiento de toda la guerra contra las drogas, y quizás la legalización de algunas sustancias narcóticas utilizadas de forma muy amplia, pero el espacio no me permite desarrollar el tema en más profundidad. Cabe decir que, por lo menos, la naturaleza discriminatoria de la guerra contra las drogas puede ser vista de muchas formas, desde las posibilidades de los condenados de buscar un empleo una vez que hayan salido de la cárcel, hasta una preferencia a condenar personas que utilicen drogas favorecidos por los pobres y los miembros de minorías raciales, una tendencia particularmente perniciosa porque utiliza la mala suerte constitutiva de haber nacido pobre o como minoría étnica en contra de las personas a la hora de ponerles en la cárcel.

#### **4.4: A modo de conclusión: la aleatoriedad como respuesta a la falta de seguridad jurídica.**

El propósito de esta investigación en general y de este capítulo en particular es mostrar que la suerte ha impregnado el Derecho Penal hasta el fondo; desde la diferencia artificialmente impuesta entre delitos consumados de manera exitosa y los delitos en grado de tentativa, hasta las pruebas proporcionadas con un análisis de la suerte constitutiva en el Derecho Penal estadounidense, vemos pruebas a favor de la teoría que el Derecho utiliza la suerte de una forma indebida y abiertamente discriminatoria en algunos ámbitos, así relegándole al principio de la seguridad jurídica a un estatus ficticio para las personas con una mala suerte moral, mientras que se conserva para las personas aventajadas y con una suerte moral particularmente buena. Todos sabemos, por lo menos teóricamente, que debería de existir una igual seguridad jurídica para todos—una certeza de que el Derecho trate a todos como iguales y que no se impongan arbitrariedades por razones de *raza*, clase, sexo y un sinfín de características adicionales-pero un análisis de la suerte en el Derecho revela, si es que no lo sabíamos de manera intuitiva antes de examinar el papel de la suerte, que la *raza*, la clase, el sexo y otras características importan y mucho a la hora de involucrarle a una persona en un procedimiento penal y de fijar su condena en el caso que sea declarado como culpable por el delito en cuestión. La seguridad jurídica, para

---

<sup>256</sup> BOBO, L.D. y THOMSON, V., “Unfair by Design: The War on Drugs, Race, and the Legitimacy of the Criminal Justice System.”, ob. cit.

decirlo en otras palabras, existe pero solamente para algunos afortunados que han tenido el lujo de educarse sobre sus derechos fundamentales, cuáles sustancias narcóticas son más o menos bien vistas por la sociedad en general, y cuánto dinero hay que gastar para contratar los servicios del defensor más capacitado en el caso poco probable de tener algún problemita con la policía. Para el resto de seres mortales, la seguridad jurídica existe en los manuales de Derecho y poco más allá, porque la mayoría de las personas no conocen sus derechos constitucionales, no tienen el lujo de conseguir sustancias narcóticas de alto precio y bajo coste social, y jamás en la vida podrán pagar el servicio de un defensor verdaderamente capaz en el caso de meterse en algún lío de esos espantosos con la policía que perfectamente puede terminar con el desafortunado siendo hospedado por el Estado durante unos años, y no precisamente en un hotel de cinco estrellas. En el caso de una persona tan desafortunada como para ser considerada como miembro de una categoría enemiga en un sistema influido por las doctrinas Jakobsianas acerca del Derecho Penal, hay un riesgo de que la seguridad jurídica simplemente deje de existir en su caso particular. En el caso español, por ejemplo, solamente hace falta ver los efectos de la llamada doctrina Parot para ver casos en los cuales la condena de unos presos que supuestamente suponían una peligrosidad intolerable a la sociedad vieron sus sentencias alargadas de forma muy sustancial por la única razón de haber cometido una serie de delitos de terrorismo en vez de haber robado una serie de bancos, por ejemplo.

Para que la seguridad jurídica sea verdaderamente igual para todos, entonces, habrá que tomar algunas medidas que pueden provocar disgustos para grandes porcentajes de la sociedad. Puede ser que la sociedad entera tenga que resignarse a la reducción de sus derechos constitucionales; un ejemplo prototípico de lo que hablo sería quitarles a ambos lados del proceso penal norteamericano el derecho al desafío perentorio en la selección del jurado, revocar la necesidad de unanimidad para llegar a un veredicto de culpabilidad en los jurados norteamericanos, o limitar el dinero que un acusado puede gastar en asesoría jurídica en casos penales entre otras medidas. Mientras que el lector ya se puede imaginar la polémica que esas y otras reformas causarán en las sociedades que se consideran estados de derecho, creo que también hay que mirar el otro lado de la moneda. Para las personas en estados influidos por el Derecho Penal del enemigo, es verdad que algunos terroristas u otras personas indeseables quizás recibirían unas condenas más cortas de lo ideal, pero también es verdad que acabar con el

Derecho Penal del enemigo tendría el efecto de prevenir que ninguna persona fuera injustamente privada de sus derechos fundamentales. En los Estados Unidos, la falta de unanimidad para un veredicto de culpabilidad y la inadmisibilidad de desafíos perentorios por parte de la defensa se vería complementada por la inadmisibilidad de los mismos desafíos por parte de la fiscalía, y la oportunidad de tener un jurado verdaderamente representativo de puntos de vista múltiples. Cualquier limitación impuesta en el dinero que un acusado pudiera gastar en un defensor también tendría que verse equiparada con un límite idéntico en términos de dinero por parte de la fiscalía.

Sin embargo, estas reformas no son el objeto de esta sección. Al contrario, un análisis de un artículo muy interesante por Bernard Harcourt nos puede revelar un hecho insólito sobre nosotros mismos y la forma moderna de ver al Derecho. Harcourt indica que el Derecho Penal moderno funciona a través de varias profesiones de fe mal razonadas<sup>257</sup>. En primer lugar, la idea de que el soberano ejerce el derecho a castigar las personas que desobedezcan a la ley viene de una profesión de fe en la bondad del soberano y en su deseo de proteger los derechos de todos de igual manera<sup>258</sup>. Solamente necesitamos ver las crisis económicas recientes, y las acciones muy dañinas al bienestar social cometidas por los estados del mundo para ver que los soberanos no se preocupan tanto para los pobres como para la estabilidad financiera a largo plazo, por ejemplo. También, como colectivo humano, hemos hecho varias profesiones de fe al respeto del Derecho Penal, muchas de ellas siendo igualmente desafortunadas como la profesión de fe en la bondad intrínseca del estado. Según el autor, creemos en la teoría de la disuasión porque nos suena lógica, aunque los estudios estadísticos al respecto sacan pocas conclusiones irrefutables<sup>259</sup>. En general, hablando de los Estados Unidos, creemos, y las estadísticas nos parecen mostrar, que el profiling racial es una manera eficaz de reducir el delito, pero el caso solamente será así hasta el momento en que las personas de *raza* blanca empiecen a cometer delitos con una mayor frecuencia porque saben que la sospecha contra ellas como miembros de la mayoría racial no será tan agobiante como la sospecha contra miembros de minorías raciales<sup>260</sup>. Otra vez hablando

---

<sup>257</sup> HARCOURT, B. “Meditaciones postmodernas sobre el castigo: acerca de los límites de la razón y de las virtudes de la aleatoriedad”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2009, no. 13, pp. 335-361, pp. 340-1.

<sup>258</sup> Idem, pp. 341-5.

<sup>259</sup> Idem, pp. 346-8.

<sup>260</sup> Idem, pp. 348-50.

del caso norteamericano, se cree que la pena de muerte disuade a los delincuentes de cometer delitos que puedan suponer esta pena específica, pero las pruebas estadísticas al respecto son bastante ambiguas<sup>261</sup>.

Harcourt plantea una salida sin duda polémica, pero muy eficaz a mi modo de ver, de este problema, recurrir a la aleatoriedad y el azar en lo que se refiere a la inflicción de penas bajo ciertos límites; la condena para robar una cartera no puede ser nunca tan severa como la condena para un asesinato o para cometer un robo de miles de dólares de valor, pero si en verdad todas nuestras políticas penales están basadas en la fe, la aleatoriedad sería la única opción verdaderamente justa en donde las aprobaciones o desaprobaciones morales de la sociedad no pudieran entrar y donde la fuerza arbitraria de la sociedad fuera limitada<sup>262</sup>. Para mí, las ideas de Harcourt parecen muy tentadoras simplemente por el resultado sana que tendrían a la hora de obligarnos como sociedad a dejar de debatir sobre la base de pruebas inconclusivas o con poco valor lógico. El problema que tendría cualquier recorrida a la aleatoriedad sería bastante obvio; el sistema penal perdería la legitimidad democrática que ahora tiene, pero si la legitimidad democrática es una profesión de fe como mantiene Harcourt, y si los estados del mundo siguen actuando contra las ganas expresadas de la mayoría en tiempos de crisis, quizás los estados no tengan demasiada legitimidad democrática para perder. La aleatoriedad, además, tendría el efecto de hacer el riesgo de una sentencia o demasiado larga o demasiado corta igual para todos, sin tomar en cuenta la *raza*, la clase social, el sexo, y otras características tan frecuentemente utilizadas en contra de los intereses de las personas acusadas, particularmente cuando esas pertenecen a grupos vulnerables. Por fin, donde creo que la aleatoriedad sería lo más ventajosamente empleada sería en los casos de un delito en grado de tentativa. Si podemos presumir que el estado mental del delincuente frustrado es igual o muy parecida al estado mental del delincuente exitoso, y si se pudiera decir en algún caso concreto que la única diferencia entre el asesinato cometido por A y el asesinato en grado de tentativa cometida por B fuera por resultado de la suerte, entonces la aleatoriedad me parece resolver perfectamente el debate sobre los delitos en grado de tentativa porque quita la razón de debatir el asunto en primer lugar. Entonces, mientras la aleatoriedad puede ser una solución muy polémica y con poca legitimidad

---

<sup>261</sup> Idem, pp. 352-4.

<sup>262</sup> Idem, pp. 334-6.

democrática, creo que su uso, por lo menos en casos particulares y quizás extendiéndose a la totalidad del sistema penal en un momento más tardía podría provocar por lo menos un grado de igualdad a la hora de hacer condenas, y así podría resolver un asunto muy problemático sobre la arbitrariedad y la falta de seguridad jurídica en muchas sociedades. Aunque suene algo contraintuitivo decirlo, la aleatoriedad, en vez de quitarnos la poca seguridad jurídica que tenemos, puede de hecho reforzar la seguridad jurídica por equiparar las condiciones de todos y cada uno a la hora de verse condenados en el sistema penal.



## **Conclusiones generales.**

A continuación, propondré algunas reflexiones generales que abarcarán varios temas en concreto, tomando en cuenta la falta de control en la vida humana y mi hipótesis primaria de que dicha falta de control es una injusticia sumamente grave y no remediada de forma adecuada por el derecho. Las primeras reflexiones, tienen que ver con la filosofía moral, en concreto el debate entre racionalismo y consecuencialismo. Luego vendrán unas ideas con respecto a cómo mitigar los efectos de la suerte para provocar un mayor grado de igualdad en la sociedad moderna. Las demás conclusiones se vincularán con modificaciones que creo deben ser introducidas en la filosofía política y las ciencias jurídicas en general para analizar los efectos de la suerte en la vida humana y el impacto en las consecuencias jurídicas. Por último, centraré el análisis en el caso concreto del Derecho Penal estadounidense, estudiando cuestiones concretas donde el impacto de la suerte tiene o puede presentar efectos injustos.

Por ello,

1. La suerte moral existe, y los planteamientos de filosofía consecuencialistas han sido incapaces de resolver las paradojas de Williams y Nagel.
2. Mientras que existe mucha literatura sobre la suerte moral, en cambio, en los casos que he llamado de *suerte moral positiva*, donde el agente moral se beneficia como resultado de acontecimientos que escapan en mayor o menor medida a su control, no hay casi ninguna literatura.
3. Entonces, hay mucho análisis de la suerte moral en general, pero queda como asignatura pendiente el análisis de los cuatro tipos de suerte descritos por Nagel y los efectos que puede proporcionar cada uno en la suerte moral de una persona en términos más bien generales. Decir, por ejemplo, que el agente moral ha padecido una mala suerte moral en alguna situación específica no resulta una descripción tan adecuada de los hechos como la que sería deseable, porque mientras que apuntar a la falta de control individual representaría un avance desde el momento filosófico en lo que nos encontramos (un momento dominado por la sobre-estimación de la responsabilidad moral individual) no apunta a la falta específica de control por parte del agente moral en términos de cuál especie de mala suerte moral ha padecido. Así, resulta extremadamente difícil para la

filosofía moral en general hacer el paso hacia adelante que supondría discutir y alumbrar estrategias que permitan remediar situaciones específicas de una exagerada suerte moral.

4. La idea de Williams acerca de la posición privilegiada de la condena moral en nuestras sociedades tiene mucho mérito, y habrá que revisar la posición social de la moral a la luz del racionalismo. Es un momento algo temprano como para proponer paliativos específicos a esta situación, pero creo que un remedio que resulta tan necesario como libertador sería reducir la importancia que ponemos en las acciones específicas cometidas por los individuos, y reforzar, en cambio, el estado mental y las intenciones con las cuales la acción en cuestión fue cometida. Hablando de un punto algo relacionado, el concepto de Williams de la *pena del agente*, siendo una idea que convive con la moral social dominante, también tendrá que sufrir revisiones importantes en su ámbito de actuación. Es una idea que parece convivir bastante bien con la moral social dominante porque, desde un planteamiento racionalista, parece poco atento a la suerte moral de las personas a la hora de establecer cuáles deberían ser los sentimientos del agente moral en el momento o inmediatamente después de provocar algún daño a terceros. Como corolario a este último punto, también hay que investigar lo que siente el agente moral cuando se beneficia por acontecimientos fuera de su control. ¿Podríamos decir, por ejemplo, que existe un orgullo del agente no necesariamente merecido a la hora de beneficiarse por algo que no podía controlar?. Lo que remite directamente a la idea de *desert* o merecimientos, que quedará pendiente su profundización para la tesis doctoral.
5. El argumento de Slote parece muy interesante por su intento de incorporar lo empíricamente verificable a la discusión acerca de la suerte moral a través del uso de estimaciones de probabilidades y riesgos. Sin embargo, hay que actuar con cautela a la hora de incorporar la probabilidad y el cálculo de riesgos a la discusión, porque si una persona intenta calcular las probabilidades de un evento dañino y se equivoca, el castigo tendrá origen más en un mal cálculo que en una decisión moral errada. Mientras que esto no sería un caso de la suerte moral en estricto rigor, a mí me parece que representaría un caso de mala suerte de todos modos, y una mala suerte algo difícil de remediar en casos particulares.

6. El artículo de Otsuka sobre la dicotomía entre la *suerte opcional* y la *suerte bruta* tiene varios puntos interesantes que ya han sido analizados. La crítica que le realizo apunta a que hacer una distinción tan tajante como la que hace Otsuka entre las dos especies de suerte puede ocultar o empañar la real intención del agente moral. Mientras que resulta necesario distinguir entre la suerte opcional y la suerte bruta, porque es la suerte bruta la que verdaderamente le priva al agente moral de la naturaleza voluntaria de sus propias acciones, la importancia de la suerte opcional no debería de ser subestimada aunque el agente moral tenga algo más de control sobre esta especie de suerte en particular. Para poner un ejemplo desde el capítulo 1, el acto de conducir bajo la influencia del alcohol y matar a un peatón que intenta cruzar la calle parece combinar las dos especies de suerte. Mientras cada individuo tiene la opción de conducir bajo la influencia del alcohol o estupefacientes, y mientras que por esa razón una parte de la mala suerte del conductor involucrado en este caso es una mala suerte opcional por la cual esta persona debería de recibir un castigo según Otsuka; si añadimos a esta situación el hecho de que este conductor padece una discapacidad física, también hay elementos de suerte bruta en su situación que no deberían de ser sobrepasados cuando llegue la hora de determinar un castigo penal en el caso de este individuo.
7. Las ideas dworkinianas con respecto a la suerte tienen mucho mérito por intentar resolver las desigualdades causadas por la influencia no regulada de la suerte en la sociedad moderna, pero también padecen dos problemas a mi modo de ver. En concreto, la institución de un sistema de seguros comprados a través del libre mercado supone un posible agravante de la influencia de la suerte en vez de un posible paliativo. Solamente hemos de pensar en los abusos perpetrados por compañías de seguros durante la corriente época de crisis económica, o la venta de productos financieros de dudoso valor y eficacia por parte de los bancos, para ver la posibilidad de que el mercado agrave los efectos de la suerte en vez de nivelar la cancha de juego para todos. No digo que la situación necesariamente haya de ser tan pesimista en el caso de que el sector privado sea encargado de regular los efectos sociales de la suerte, pero sí creo que la posibilidad de que haya algún abuso aumenta en una proporción directa al nivel de dinero privado en juego.

8. La figura del dolo eventual es muy importante porque incorpora el estado mental del delincuente al cálculo de cuanta pena en términos de multa o cárcel éste debería de recibir como castigo. Los países que incorporan este tipo de dolo en sus doctrinas, tienen jurisprudencia penal más proclive a mitigar la influencia de la suerte, mientras que los países que no lo han adoptado, como los Estados Unidos, tienden a presentar mayores casos donde la suerte moral tiene una influencia indebida y muy poco regulada.
9. El trabajo de Goti es particularmente importante a la hora de analizar los efectos de la suerte en el Derecho Penal. Dos ideas suyas parecen particularmente interesantes. La necesidad de tomar varias identidades (la de la víctima, del victimario, del juzgador, etc.) para verdaderamente entender el alcance de la suerte en situaciones específicas tiene la potencialidad de hacer que la población en general tome consciencia de la suerte y el papel que juega en las vidas individuales. La segunda, que la teoría significativa de la responsabilidad regula la influencia de la suerte en el Derecho Penal desde el punto de vista de la doctrina.
10. Un argumento principal en Goti con el cual discrepo es que por dejar de castigar a una persona porque no tuvo control sobre sus acciones, estamos haciendo demasiado artificial el papel de la suerte en nuestras vidas. Yo creo que la situación es más bien la inversa. Tenemos una suerte artificialmente creada en la sociedad y en el Derecho Penal moderno, precisamente porque castigamos a las personas por delitos sobre cuyos efectos no podían ejercer el control necesario para producir la totalidad del delito en cuestión. Esto crea una suerte artificial porque, bajo la filosofía consecuencialista, algunas personas están castigadas por acciones que no controlaban de una manera importante. Esas personas presumiblemente no tenían un estado mental merecedor de un castigo penal, mientras que las personas que quieren cometer delitos, aún las personas que fallan en su intento delictivo, tienen un estado mental por el cual la sociedad y el Derecho Penal se deberían de preocupar más. Entonces, lejos de crear una suerte artificial por no castigar a las personas por lo que queda fuera de su control, estamos creando una doble suerte artificial porque, por un lado castigamos a las personas por los efectos no controlables de sus acciones, mientras que al contrario no castigamos a una persona que intenta cometer un delito con el mismo vigor que utilizamos para castigar el delito exitosamente consumado.

11. Goti cree que dejar que la suerte actúe en el mundo resulta esencial porque las respectivas suertes situacionales de la víctima y el victimario han de coincidir para producir el delito en cuestión. En primer lugar, mientras que encuentro muy acertado que las suertes situacionales de la víctima y el victimario han de coincidir para producir el delito, creo que mirar la suerte situacional de la víctima en estos casos exagera la importancia de este personaje más allá de lo sano para el Derecho Penal. Si la víctima ha padecido una mala suerte situacional, debería merecer alguna compensación sin lugar a dudas, sea por parte del Estado o por parte del victimario. Sin embargo, si el llamado victimario le falta un grado importante de control sobre el evento en cuestión, esta persona no debería de verse obligada a pagar ninguna compensación simplemente porque a alguien sus acciones le hayan ocasionado algún daño. Para resolver este problema, se puede recurrir o a los seguros contra los efectos de la suerte inspirados por Dworkin, o en un caso ideal desde mi modo particular de ver la situación, a un fondo de compensación especialmente designado para las víctimas de daños ocasionados por resultado de la mala suerte.
12. En términos generales, la justicia correctiva y la compensación a la víctima de efectos dañinos involucrando la suerte debería formar parte del Derecho Civil, mientras que el Derecho Penal debería ocuparse solamente del acto de castigar al victimario por lo que podía controlar del delito en cuestión.
13. El consecuencialismo no castiga a los delitos en grado de tentativa con el vigor necesario; ya que si una persona intenta cometer un delito, salvo contadísimas excepciones, debería de ser castigado por el delito como si hubiese tenido éxito, porque su estado mental le permitió delinquir en primer lugar.
14. Kessler hace dos precisiones sumamente importantes al respecto de las patologías sufridas por el Derecho Penal inspirado en el Derecho común en lo que se refiere a la suerte. En primer lugar, la doctrina de la intención transferida y otras ideas relacionadas convierten el papel de la suerte en algo totalmente artificial. Para poner el ejemplo prototípico del cazador que intenta cazar algo fuera de la temporada establecida y que mata a un ser humano pensando que es un ciervo, la doctrina de la intención transferida abogaría por poner a esta persona en la cárcel por asesinato. Es verdad que por resultados de sus acciones, se murió un ser humano, y considero dicho acontecimiento tan grave

como lo es también lamentable. Sin embargo, el castigo penal de la persona debería estar en estricta relación con sus intenciones, que presumiblemente nunca incluían la matanza de un ser humano inocente. Debería ser castigado por cazar fuera de los plazos establecidos, y sería muy deseable que tuviera que pagar alguna compensación monetaria o de otro tipo a la víctima o a sus familiares, pero no merece ninguna condena de cárcel por asesinato desde un planteamiento racionalista, porque su intención fue la de cazar fuera de temporada, no la de matar a gente. Los antecedentes penales de un delincuente específico tampoco deberían ser tomados en cuenta de manera importante, porque tomarlos en cuenta meramente aumenta la condena del delincuente por haber delinquido en el pasado, y no tienen nada que ver con la historia del delito cometido en el caso específico.

15. Los argumentos de Jarvis-Thomson en contra de la toma en cuenta de la tesis débil racionalista implican que la idea moderna de responsabilidad humana debería de cambiar. Es por esa razón que yo creo que sí se debería tomar en cuenta ésta y otras tesis racionalistas, ya que creo más importante que dejemos de castigar a las personas por lo que no pueden controlar en vez de preservar la responsabilidad moderna basada en una moral consecuencialista.
16. La llamada doctrina de los daños criminales no pertenecería ni siquiera al Derecho Penal bajo el racionalismo. Esta doctrina, junto con otros aspectos de la justicia correctiva, deberían de pertenecer estrictamente al Derecho Civil.
17. Se podría modificar el principio de la ventaja injusta originalmente expresado por Davis en su artículo *Harm and Retribution* para que diga que el delincuente ha de ser castigado en proporción directa con su grado de control sobre el evento delictivo en cuestión.
18. Un problema que tiene el racionalismo como punto de vista filosófico es que la mayoría de las personas suelen tener intuiciones fuertemente consecuencialistas, particularmente a la hora de equiparar el delito consumado con el delito en grado de tentativa. Para decirlo de otra manera, se puede sostener de forma muy persuasiva que el racionalismo tiene un déficit de legitimidad democrática. Esta idea tiene mucho mérito, pero tampoco creo que sea un problema imposible de resolver. Muchas personas, por ejemplo, aunque tienen intuiciones consecuencialistas, tampoco se dan cuenta de los castigos específicos según

los Códigos Penales de varias jurisdicciones. Y, si se dieran cuenta, se podría decir que el consecuencialismo también es una filosofía poco democrática además de ser contra-intuitiva respecto a la condición de control. Mientras que la falta de legitimidad del consecuencialismo parece algo difícil de resolver, la falta de legitimidad democrática del racionalismo se podría resolver a largo plazo a través de la educación de la ciudadanía a escala masiva.

19. Como resultado de permitir que la suerte juegue un papel en el Derecho Penal, los ordenamientos jurídicos están haciendo mucho daño al principio de la seguridad jurídica. Para probar esta idea, no hace falta mirar más allá del Derecho Penal del enemigo en el sistema norteamericano y en muchos otros sistemas a nivel mundial. Un sistema que distingue entre categorías amigas y enemigas de delincuentes, donde se pone a una persona en la categoría enemiga solamente por la presunción de haber cometido una serie de delitos específicos, y por esa razón generalmente dispone de menos derechos procesales que el delincuente ordinario durante el juicio penal, y de menos posibilidades de recuperar una vida normal una vez que sea ingresado en la cárcel. Por esta razón, yo planteo que en los países donde el Derecho Penal del enemigo tiene influencia, la seguridad jurídica solamente existe para las personas con una suerte lo suficientemente buena para que no sean incluidas en la categoría de enemigos sociales. Un análisis de los cambios de la política carcelaria a nivel mundial y otros factores comprendidos dentro de la suerte situada también demuestra que el principio de la seguridad jurídica está sujeta a factores históricos.
20. En un momento futuro, creo que sería muy provechoso hacer análisis específicos de la suerte moral y el Derecho Penal en lo que se refiere al género, la *raza*, la religión, entre otros. En este trabajo, hemos visto que existe una relación muy estrecha entre suerte moral, *raza* y clase económica que perjudica a las personas condenadas por delitos que pertenecen a grupos desventajados como la clase obrera o grupos raciales minoritarios. Una investigación acerca de la suerte moral de otros grupos específicos habrá de llevarse a cabo para empezar a mitigar sus efectos, si es que se puede demostrar su existencia.
21. Con respecto a la suerte constitutiva y la Cuarta Enmienda Constitucional estadounidense, las reformas propuestas por Cole y Fitch son necesarias pero a mí modo

de ver, insuficientes. Habría que adoptar las reformas propuestas en sentido general, y adicionalmente creo que se podría sacar mucho provecho de una investigación de los efectos de la suerte en el sistema educativo. El capítulo 3 de esta investigación demuestra que, por lo menos en Estados Unidos y presumiblemente en otros países también, la *raza* y la clase social producen efectos muy perjudiciales a la hora de determinar la relación entre individuos de dichos grupos y su suerte constitucional en lo que se refiere a enfrentarse con el sistema penal. Si esas personas disponen de una peor suerte a la hora de enfrentarse al sistema penal de sus países, presumiblemente también disponen de una mala suerte parecida en el ámbito educativo, que a su vez reduce sus posibilidades de vivir una vida lejos de la prisión.

22. El racionalismo tiene algo muy importante que decir a la hora de reclamar el derecho a la tutela judicial efectiva en Estados Unidos, y en otros países donde el acceso a un abogado se ve condicionado por factores económicos. Que una persona sea pobre es un hecho que normalmente, me atrevería a decir que en la gran mayoría de los casos, queda fuera de su control. Para decirlo de una manera más gráfica, la gran mayoría de la población mundial no estaría deseosa de verse indefensa ante un fiscal por no disponer de dinero necesario para defenderse con un abogado competente. Por esa razón, la falta de tutela judicial efectiva por razones económicas resulta inaceptable desde un punto de vista racionalista. La falta de tutela judicial efectiva en Estados Unidos está demostrada y no discutiré más este punto. Sin embargo, cabe decir que la importancia de la tutela judicial efectiva aumenta en una proporción directa a la gravedad del delito de que el sospechado es acusado. Por esa razón, la falta de tutela judicial efectiva en casos capitales resulta particularmente inaceptable. Las reformas de Boccaccini al respecto son muy necesarias, y creo que sería un gran avance para el sistema penal estadounidense si los defensores públicos estuvieran sujetos a pruebas de control para comprobar que sus clientes reciben una tutela judicial efectiva de verdad.
23. En lo que se refiere a la selección de los jurados en el sistema penal estadounidense, la eliminación de los desafíos perentorios supondría un mayor acceso por parte de miembros de grupos desaventajados y minoritarios a esas instituciones tan importantes. También sería muy bienvenido desde un punto de vista racionalista que los jurados



tuviesen que proporcionar un razonamiento escrito antes de que su sentencia sea considerada como válida. A lo mejor habría que eliminar la necesidad de un veredicto unánime, tomando en cuenta el hecho de que la eliminación de los desafíos perentorios nos proporcionaría unos jurados más diversos, pero creo que ese compromiso, aunque no sería lo ideal, sería factible y representaría un avance muy importante respecto al sistema estadounidense de hoy en día.

24. Habrá que investigar la suerte situada en lo que se refiere específicamente a la llamada guerra contra las drogas y la pena capital en Estados Unidos. También en lo que se refiere a la pena capital, creo que el racionalismo o cualquier otra filosofía favorecedora del control individual sobre los acontecimientos de su propia vida tendría que abogar por su eliminación, porque la estadística y la jurisprudencia analizadas parecen demostrar que ha sido aplicado de una manera arbitraria a lo largo de la historia y de forma abiertamente racista o clasista en algunos casos. Lo mismo se podría decir sobre la guerra contra las drogas, razón por la cual habrá que repensar, si no eliminar totalmente, esta política social tomando en cuenta la naturaleza racista de su persecución.

No creo que estas reflexiones hayan acabado el tema. Más bien, el tema de debate tiene ahora sobre la mesa más elementos para estudiar y para seguir discutiendo. Si tengo la suerte de poder realizar la tesis, quizá ustedes tengan, más adelante, la suerte de poder leer mis conclusiones finales. Y, ustedes podrán valorar, si ésta ha sido una mala o buena suerte.

## **Bibliografía general**

- BECKER, L.C., "Criminal Attempt and the Theory of the Law of Crimes", *Philosophy and Public Affairs*, 1974, vol. 3, no. 3, pp. 262-294. <http://www.jstor.org/stable/2264981>
- BELLO LANDROVE, F., "El Dolo Eventual En España: Reflexiones Para Un Debate", *Jueces Para La Democracia*, 1998, no. 32. pp. 14-16.
- BITTNER, T., "Punishment for Criminal Attempts: A Legal Perspective", *The Canadian Journal of Philosophy* 2008, vol. 38, no. 1, pp. 51-84 <http://www.canadianjournalofphilosophy.com/PDFs/cjp38-1--051-084--Bittner.pdf>
- BOBO, L.D. and THOMPSON, V., "Unfair by Design: The War on Drugs, Race, and the Legitimacy of the Criminal Justice System", *Social Research: An International Quarterly*, 2006, vol. 73, no. 2, pp. 445-472. <http://web.ebscohost.com/ehost/detail?sid=b86df012-c70b-4e12-8c56c17eb4122f91%40sessionmgr10&vid=1&hid=19&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#db=aph&AN=22046107>
- BOCCACCINI, M.T. y Brodsky, S.L., "Characteristics of the Ideal Criminal Defense Attorney from the Client's Perspective: Empirical Findings and Implications for Legal Practice", *Law Psychology Review*, 2001, vol. 25, pp. 81-118. <http://heinonline.org/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/lpsyr25&id=85&print=section&section=7&ext=.pdf>
- BROWNE, B., "A Solution to the Problem of Moral Luck", *Philosophical Quarterly* 1992, vol. 42, no. 168, pp. 345-356. <http://www.jstor.org/stable/10.2307/2219685>
- BURLEY, J. (editora), *Dworkin and his critics*, Blackwell Publishing, Oxford, 2004.
- BURR, R., "Litigating with Victim Impact Testimony: The Serendipity that has Come from Paine v. Tennessee", *Cornell Law Review*, 2002, vol. 88, no. 1. pp. 517-529.
- BURT, R.A., "Disorder in the Court: The Death Penalty and the Constitution", *Yale Faculty Scholarship Series*. 1987, Paper 804. - [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/804](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/804)
- CARD, C., *The Unnatural Lottery: Character and Moral Luck*. Philadelphia: Temple University Press, 1996.
- COLE, D., *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*. New York: New Press, 2000.

- DAVIS, M., "Harm and Retribution", *Philosophy and Public Affairs*, 1986, vol. 15, no. 3, pp. 236-266. <http://www.jstor.org/stable/2265211>
- DUBBER, M.D., *Criminal Law Model Penal Code*, New York, Foundation Press, 2002.
- DUBBER, M.D., "Guerra y Paz: Derecho Penal Del Enemigo y El Modelo De Potestad De Supervisión Policial en el Derecho Penal Estadounidense", en JAKOBS, G. y CANCIO MELIA, M. ed., *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 685-724.
- DWORKIN, R., "What is Equality? Part 1: Equality of Welfare", *Philosophy and Public Affairs*, 1981, vol. 10, no. 3, pp. 185-246. <http://www.heinonline.org/HOL/Page?page=1&handle=hein.journals%2F1r73&collection=journals&id=13>
- DWORKIN, R., "What is Equality? Part 2: Equality of Resources", *Philosophy & Public Affairs*, 1981, vol. 10, no. 4, pp. 283-345. <http://www.jstor.org/stable/2265047>.
- DWORKIN, R., "What is Equality? Part 3: The Place of Liberty", *University of Iowa Law Review*, 1987, vol. 73, pp. 1-54. <http://www.heinonline.org/HOL/Page?page=1&handle=hein.journals%2F1r73&collection=journals>
- DWORKIN, R., *Virtud soberana*, trad. de M. J. Bertomeu y F. Aguiar, Paidós, Barcelona, 2003.
- FARALDO CABANA, P., "Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: Consolidación de un subsistema penitenciario de excepción", en JAKOBS, G. y CANCIO MELIA, M. ed., *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 757-798.
- FEINBERG, J., "Punishment for Failed Attempts: Some Bad but Instructive Arguments Against it", *Arizona Law Review*, 1995, vol. 37, pp. 117-134. <http://heinonline.org/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/arz37&id=133&print=section&section=22&ext=.pdf>
- FITCH, J., "United States v. Drayton: Reasonableness & (and) Objectivity-Discussion of Race, Class, and the Fourth Amendment", *New England Law Review*, 2003, vol. 38, pp. 97-139. <http://heinonline.org/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/newlr38&id=119&print=section&section=12&ext=.pdf>

- FOUCAULT, M., *Vigilar y Castigar: Nacimiento De La Prisión*, Buenos Aires, Siglo 21 de Argentina, 2006.
- FRANKEL, M.E., *Criminal Sentences: Law without Order*, New York, Hill and Wang, 1972.
- GARLAND, D. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. New York: Oxford University Press, 2001.
- HARCOURT, B., Meditaciones postmodernas sobre el castigo: acerca de los límites de la razón y de las virtudes de la aleatoriedad, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2009, no. 13, pp. 335-361.
- JAKOBS, G., “¿Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en JAKOBS, G. y CANCIO MELIA, M. ed., *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 93-116.
- JARVIS THOMSON, J., “Morality and Bad Luck”, *Metaphilosophy*, 1989, vol. 20, no. 1. pp. 203-221.
- JARVIS THOMSON, J., *The Realm of Rights*. Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos, Harvard University Press, 1990.
- KADISH, S., “Forward: The Criminal Law and the Luck of the Draw”, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 1994, vol. 84, no. 4, pp. 2183-2237.  
<http://search.proquest.com/docview/218390270?accountid=14501>
- KENNEDY, R.L., “McCleskey v. Kemp. Race, Capital Punishment and the Supreme Court”, *Harvard Law Review*, 1988, vol. 101, no. 7. pp. 1388-1644.
- KESSLER, K.D., “The Role of Luck in the Criminal Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, 1994, vol. 142, no. 1. pp. 679-97.  
<http://www.heinonline.org/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/pnlr142&id=2207&print=section&section=60&ext=.pdf>
- LA TORRE, Mario, “La teoría del derecho de la tortura”, *Derechos y Libertades*, 2007, No. 17, Época II, Pp. 71-87.
- LEVER, A., “Treating People as Equals: Ethical Objections to Racial Profiling and the Composition of Juries”, *The Journal of Ethics* 2011, vol. 15, no. 1, pp. 61.  
<http://link.springer.com/article/10.1007/s10892-010-9094-7/fulltext.html>

- LEVY, K., "The Solution to the Problem of Outcome Luck: Why Harm is just as Punishable as the Wrongful Action that Causes it", *Law and Philosophy*, 2005, vol. 24, no. 3, pp. 263-303. <http://www.jstor.org/stable/30040346>.
- MALAMUD GOTI, J., *Suerte, Moralidad y Responsabilidad Penal*, Buenos Aires, Hamurabi, 2008.
- MICHAELS, A.C., "Acceptance: The Missing Mental State", *Southern California Law Review* 1997, vol. 71, pp. 953-1036. <http://www.heinonline.org/HOL/Contents?handle=hein.journals/scal71&id=1&size=2&index=&collection=journals>
- NAGEL, T., *Mortal Questions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979 <http://brommage.freeshell.org/denison/fys/nagel.pdf>
- OTSUKA, M., "Moral Luck: Optional, Not Brute", *Philosophical Perspectives*, 2009, vol. 23, no. 1, pp. 373-88. <http://web.ebscohost.com/ehost/detail?sid=621cb984-7833-48f1-8010-0b899090766e%40sessionmgr13&vid=1&hid=21&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#db=aph&AN=45632607>
- PARTRIDGE, A. y ELDRIDGE, W.B., *The Second Circuit Sentencing Study: A Report to the Judges of the Second Circuit*, Washington, Federal Judicial Center, 1974. <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cnjh6edWJicJ:www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/2dcrstdy.pdf/%24file/2dcrstdy.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es>
- RIBOTTA, S., *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia: Pobreza, redistribución e injusticia social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.
- ROBINSON, P.H., "Control coercitivo del delito vs. control normativo del delito. ¿Por qué le importa al Derecho Penal lo que los legos consideran Justo?", en JAKOBS, G. y CANCIO MELIA, M. ed., *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 809-844.
- ROBINSON, P.H. y KURZBAN, R.O., "Concordance and Conflict in Intuitions of Justice", *Scholarship at Penn Law*, 2007, vol. paper 128. pp. 1-80.
- ROYZMAN, E. y KUMAR, R., "Is Consequential Luck Morally Inconsequential? Empirical Psychology and the Reassessment of Moral Luck", *Ratio (New Series)* 2004, vol. 17, no. 3 pp. 329-344. <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.0034-0006.2004.00257.x/abstract>

SLOTE, M., "The Problem of Moral Luck", *Philosophical Topics*, 1994, vol. 22, no. 1 y 2. pp. 397-409.

- SMITH, A., *A Theory of Moral Sentiments*, New York, Prometheus Books, 2000.

- SVERDLIK, S., "Crime and Moral Luck", *American Philosophical Quarterly*, 1988, vol. 25, no. 1, pp. 79-86, <http://www.jstor.org/stable/20014225>

TAYLOR, G., "Concepts of Intention in German Criminal Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, vol. 24, pp. 99-127. <http://ojls.oxfordjournals.org/content/24/1/99.full.pdf+html>

- WENNER, D., *The Illusion of Conscious Will*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 2002.

- WEST, H. C., SABOL, W. J., y GREENMAN, S. J., *Prisoners in 2009*. Washington, Bureau of Justice Statistics, 2010.

- WILLIAMS, B., *Shame and Necessity*. Berkeley, California, University of California Press, 1994.

- WILLIAMS, B., *Ethics and the Limits of Philosophy*. Cambridge, Inglaterra, Cambridge University Press, 1986.

- WILLIAMS, B., *Moral Luck: Philosophical Papers, 1973-1980*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981.

- WILLIAMS, B. *Morality: An Introduction to Ethics*. Cambridge, Cambridge University Press, 1972.

- WOLF, S., "The Moral of Moral Luck", *Philosophical Exchange*, 2001, pp. 1-20. [http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:jjnr6qJcU-4J:scholar.google.com/+%22The+Moral+of+Moral+Luck%22&hl=en&as\\_sdt=0,5](http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:jjnr6qJcU-4J:scholar.google.com/+%22The+Moral+of+Moral+Luck%22&hl=en&as_sdt=0,5).

- ZIMMERMAN, M.J., "Luck and Moral Responsibility", *Ethics* 1987, vol. 97, no. 2, pp. 374-86. <http://www.jstor.org/stable/2381355>.

## **Jurisprudencia**

- *Batson v. Kentucky*. 476 U.S. 79 (1986). Washington: Federal Appellate, 30/04/1986.  
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/476/79/case.html>. Justia U. S. Supreme Court Center.
- *Douglas v. California*. 372 U.S. 353 (1963). Washington: Federal Appellate, 18/03/1963.  
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/372/353/case.html>. Justia U. S. Supreme Court Center.
- *Florida v. Bostick*. 501 U.S. 429 (1991). Washington: Supreme Court of the United States, 20/06/1991. <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=501&invol=429>
- *Furman v. Georgia*. 408 U.S. 238 (1972). Washington: Federal Appellate, 29/06/1972.  
[http://www.oyez.org/cases/1970-1979/1971/1971\\_69\\_5003/](http://www.oyez.org/cases/1970-1979/1971/1971_69_5003/). Justia U. S. Supreme Court Center.
- *Gideon v. Wainwright*. 372 U.S. 335 (1963). Washington: Federal Appellate, 18/03/1963.  
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/372/335/case.html>. Justia U. S. Supreme Court Center.
- *Johnson v. Zerbst*. 304 U.S. 458 (1938). Washington: Federal Appellate, 28/05/1938.  
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/458/case.html>. Justia U. S. Supreme Court Center.
- *Lockhart v. McCree*. 476 U.S. 162 (1986). Washington: Federal Appellate, 05/05/1986.  
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/476/162/case.html>. Justia U.S. Supreme Court Center.
- *Norris V. Alabama*. 294 U.S. 587 (1935). Washington: Federal Appellate, 04/01/1935.  
[http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/scottsboro/SB\\_norus.html](http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/scottsboro/SB_norus.html).
- *Patterson v. Alabama*. 294 U.S. 600 (1935). Washington: Federal Appellate, 04/01/1935.  
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/294/600/>. Justia U. S. Supreme Court Center.
- *Powell v. Alabama*. 287 U.S. 45 (1932). Washington: Federal Appellate, 7/11/1932.  
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/287/45/case.html>. Justia U. S. Supreme Court Center.
- *Powell v. Texas*. 392 U.S. 514 (1968). Washington: Federal Appellate, 17/06/1968.  
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/514/case.html>. Justia U. S. Supreme Court Center.
- *Ross v. Moffitt*. 417 U. S. 600 (1974). Washington: Federal Appellate, 17/06/1974.  
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/417/600/>. Justia U. S. Supreme Court Center.
- *Strauder v. West Virginia*. 100 U.S. 303 (1879). Washington: Federal Appellate, 1879/1880.  
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/100/303/case.html>. Justia U. S. Supreme Court Center.

- *Strickland v. Washington*. 466 U.S. 668 (1984). Washington: Federal Appellate, 14/05/1984.  
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/466/668/case.html>. Justia U. S. Supreme Court Center.
- *United States v. Cronin*. 466 U.S. 648 (1984). Washington: Federal Appellate, 14/05/1984.  
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/466/648/>. Justia U.S. Supreme Court Center.
- *United States v. Drayton*. 536 U.S. 194 (2002). Washington: Federal Appellate, 17/06/2002.  
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/536/194/case.html>. Justia U. S. Supreme Court Center.
- *Witherspoon v. Illinois*. 391 U.S. 510 (1968). Washington: Federal Appellate, 03/06/1968.  
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/391/510/case.html>. Justia U. S. Supreme Court Center.